

University of Groningen

IPR, Proces & Arbitrage

Peters, Niek

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Peters, N. (2015). *IPR, Proces & Arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. Rijksuniversiteit Groningen.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

IPR, Proces & Arbitrage

Over grondslagen en rechtspraak

N. Peters

IPR, Proces & Arbitrage: Over grondslagen en rechtspraak

ISBN 978-90-367-8391-0 (printed version)

ISBN 978-90-367-8390-3 (electronic version)

Van dit proefschrift geeft Maklu Uitgevers N.V. een handelseditie uit onder ISBN 978-90-466-0791-6.

© 2015 N. Peters

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteur en van de uitgever.

Maklu-Uitgevers

Somersstraat 13/15, B-2018 Antwerpen, www.maklu.be, info@maklu.be

Koninginnelaan 96, NL-7315 EB Apeldoorn, www.maklu.nl, info@maklu.nl



rijksuniversiteit
 groningen

IPR, Proces & Arbitrage

Over grondslagen en rechtspraktijk

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

dinsdag 1 december 2015 om 11.00 uur

door

Niek Peters

geboren op 29 augustus 1980
te Enschede

Promotor

Prof. mr. M.H. ten Wolde

Beoordelingscommissie

Prof. mr. dr. H.B. Krans

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

Prof. mr. H.J. Snijders

DANKWOORD

Aanvankelijk wilde ik mijn dankwoord kort en bondig houden en volstaan met de opmerking dat mijn welgemeende en hartelijke dank uitgaat naar iedereen die mij de afgelopen jaren heeft gesteund, maar bij nader inzien vond ik het toch zonde om hierna niet enkelen in het bijzonder te bedanken.

Als eerste gaat mijn dank uit naar mijn promotor prof. mr. M.H. ten Wolde, die mij op het pad van dit proefschrift heeft gezet, die mij altijd heeft geprikkeld en bij wie ik altijd terecht kon. Het was wat mij betreft een bijzonder fijne samenwerking, die ik ook na de afronding van dit proefschrift zal koesteren.

Daarnaast ben ik de leden van de leescommissie – prof. mr. H.J. Snijders, prof. mr. dr. H.B. Krans en prof. mr. R.P.J.L. Tjittes – zeer erkentelijk voor hun bereidheid om het manuscript te lezen en te voorzien van hun waardevolle commentaar.

Een speciaal bedankje gaat vervolgens uit naar Cleber N.V., aangezien ik dit jaar alle ruimte heb gekregen om mijn proefschrift af te ronden.

Verder wil ik graag mr. A.A.H.J. Huizing, mr. P. Roorda, prof. mr. A.J. van den Berg en mr. M.J. Drop bedanken voor de mogelijkheden die zij boden.

Voorts wil ik mr. P.R. Aarden en mr. M. Goorts danken voor het lezen van eerdere versies van verschillende hoofdstukken en wil ik dank zeggen aan mijn paranimfen mr. S.N.J. Putter en mr. J. Oostenbrink voor hun steun bij de voorbereiding van de verdediging.

Vervolgens verdienen mijn vrienden een woord van dank voor hun vermogen om mijn proefschriftaspiraties volstrekt belachelijk te maken en ik ben hen en mijn familie dankbaar voor hun begrip dat ik vaak ‘nee’ moest verkopen.

Tot slot gaat mijn grootste dankbaarheid uit naar Charlotte voor haar nooit aflatende steun, haar geduld en haar blinde vertrouwen in mijn kunnen. Zonder haar had ik dit niet kunnen doen!

Lieve Sebastiaan, kleine spruit, deze *beproeving* is voorbij. Ik heb weer tijd.....

Het onderzoek werd afgesloten op 15 juli 2015. Met nadien verschenen literatuur en rechtspraak kon slechts sporadisch rekening worden gehouden.

Groningen, december 2015

Niek Peters

INHOUDSOPGAVE

Dankwoord	V
Inhoudsopgave	VII
Lijst van afkortingen	XIII
1. Inleiding	1
1.1 Het onderwerp	1
1.2 Plan van behandeling	1
2. Een historisch startpunt	3
2.1 Inleiding	3
2.2 De Canonisten	3
2.3 De Statutisten	4
2.3.1 Inleiding	4
2.3.2 Bartolus	6
2.3.2.1 De aanpak van Bartolus in vogelvluht	6
2.3.2.2 Een praktijkvoorbeeld ontleend aan Bartolus	10
2.3.2.3 De statuta odiosa bij Bartolus	11
2.3.2.4 De invloed van Bartolus op de wetenschap van het ipr	12
2.3.3 d'Argentré	13
2.3.4 De unilaterale methode	15
2.3.5 De praktische onwerkbaarheid van de unilaterale methode	16
2.3.6 Het conflictenrechtelijke pad begaanbaar gemaakt	16
2.3.7 De Hollandse school	17
2.3.7.1 Hubers conflictenrecht in een notendop	18
2.3.7.2 Het conflictenrecht van Johannes Voet in het kort	20
2.3.7.3 De grondslag van het conflictenrecht bij de Nederlandse rechtsgeleerden	22
2.3.7.3(a) De comitas van Huber	25
2.3.7.3(b) De comitas van de Voeten	28
2.3.7.4 De doorwerking van de Hollandse en de Friese leer	29
2.4 Een zijstap: het conflictenrecht in Engeland en de Verenigde Staten	30
2.4.1 Inleiding	30
2.4.2 De ontwikkeling van het conflictenrecht in Engeland	30
2.4.3 De ontwikkeling van het conflictenrecht in de Verenigde Staten	34
2.5 Weer Nederland – de statutenleer gecodificeerd	40
2.6 De inleiders van de kentering: Foelix & Von Wächter	45
2.6.1 Inleiding	45
2.6.2 Foelix	46
2.6.3 Von Wächter	47
2.7 Het verwijzingsprocedé van Von Savigny	49
2.8 De gedachten van Mancini	60
2.9 De uitwerking van Von Savigny's gedachtegoed	62

3.	De soevereiniteit van staten nader ingekaderd	65
3.1	Inleiding	65
3.2	Internationaal privaatrecht vindt zijn grondslag in het internationale domein	65
3.2.1	Inleiding	65
3.2.2	De Volkenrechtelijke stroming	67
3.2.2.1	Hamaker	67
3.2.2.2	Asser	69
3.2.2.3	Von Bar	71
3.2.2.4	Zitelmann	71
3.2.2.5	Een kort intermezzo	74
3.3.2.6	Pillet	74
3.2.2.7	Josephus Jitta	75
3.2.2.8	Cleveringa	77
3.2.3	Conclusie	77
3.3	Internationaal privaatrecht is nationaal recht	78
3.3.1	Inleiding	78
3.3.2	De Realistische stroming	78
3.3.2.1	Meili, Neumeyer & Gutzwiller	80
3.3.2.2	Suijling	80
3.3.2.3	Kosters	81
3.3.2.4	De Winter	83
3.3.2.5	Wolff	86
3.3.2.6	Kollewijn	87
3.3.2.7	Scholten	87
3.3.2.8	Van Brakel	88
3.3.2.9	Wederom een kort intermezzo	88
3.3.2.10	Ten Wolde	89
3.3.3	Conclusie	91
3.4	Opnieuw een zijstap: de Verenigde Staten	91
3.4.1	Beale & the First Conflicts Restatement	92
3.4.2.	Cook	96
3.4.3	Cavers	97
3.4.4	Currie	99
3.4.5	Baxter	102
3.4.6	Wederom Cavers	103
3.4.7	Leflar & the better law approach	105
3.4.8	Ehrenzweig	109
3.4.9	De huidige stand van het Amerikaanse conflictenrecht	113
3.4.10	De doorwerking van de Amerikaanse revolutie	115
3.5	Soevereiniteit versus plicht om vreemd recht toe te passen	116
3.5.1	Inleiding	116
3.5.2	Doel van het conflictenrecht	117
3.5.3	De plicht voor staten om vreemd recht toe te passen	118
3.5.3.1	Verdragen	120
	3.5.3.1(a) Specifieke verdragen	120
	3.5.3.1(b) De doorwerking van het Unierecht	125

3.5.3.1(c)	Mensenrechten en conflictregels	134
3.5.3.1(d)	Investerings en conflictenrecht	142
3.5.3.1(e)	Conclusie	146
3.5.3.2	Internationaal gewoonterecht	146
3.5.3.2(a)	Korte introductie op het gewoonterecht	147
3.5.3.2(b)	Gewoonterecht en conflictenrecht	149
3.6	Het bestaan van een statengemeenschap is niet vereist	152
3.7	Conclusie	155
4.	De processuele positie van het ipr en het vreemde recht in Nederland	157
4.1	Inleiding	157
4.2	De processuele behandeling van het recht in het algemeen	157
4.2.1	Aanvulling van rechtsgronden	158
4.2.2	Aanvulling rechtsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd	158
4.2.3	Aanvulling buiten het partijdebat om	160
4.2.4	Regels van openbare orde	161
4.2.5	Aanvulling van rechtsgronden en EU-recht	162
4.2.6	De verschillende soorten recht	163
4.3	De processuele behandeling van het conflictenrecht	163
4.3.1	Bij de rechtbanken	164
4.3.2	In appel	167
4.3.2.1	Het appelprocesrecht	168
4.3.2.1(a)	Een nieuwe feitelijke instantie	168
4.3.2.1(b)	De grenzen van de rechtsstrijd	168
4.3.2.1(c)	De grieven en de twee-conclusie-regel	170
4.3.2.1(d)	De positieve zijde van de devolutive werking	171
4.3.2.1(e)	Incidenteel appel	172
4.3.2.1(f)	Artikel 25 Rv binnen de rechtsstrijd	173
4.3.2.1(g)	Geen aanvulling buiten grieven, behoudens openbare orde	174
4.3.2.1(h)	Vernietiging buiten de rechtsstrijd van partijen?	175
4.3.2.2	De processuele behandeling van het conflictenrecht	176
4.3.2.2(a)	De rechtbank nam conflictenrechtelijk standpunt in	176
4.3.2.2(a)(1)	Grief tegen conflictregel	176
4.3.2.2(a)(2)	Grief tegen rechtsaanwijzing	176
4.3.2.2(a)(3)	Geen grief doch verweer in appel	178
4.3.2.2(a)(4)	Geen grief geen verweer in appel	180
4.3.2.2(a)(5)	Geen grief geen afwijkend standpunt	185
4.3.2.2(b)	Conflictenrecht en incidenteel appel	186
4.3.2.2(c)	Geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing	186
4.3.2.2(d)	De hoofdregels	192
4.3.2.2(e)	De uitzondering: regels van openbare orde	192
4.3.2.3	Een proeve van een alternatieve gedachte	194
4.3.3	Bij de Hoge Raad	196
4.3.4	Conclusie	201
4.4	De processuele behandeling van vreemd recht	202

4.4.1	Bij de rechtbanken	202
4.4.2	In appel	203
4.4.3	Cassatie	203
4.4.4	Conclusie	209
4.5	Verrassingsbeslissingen en de vaststelling van vreemd recht	210
4.6	De inhoud van vreemd recht kan niet worden vastgesteld	214
4.7	Conclusie	218
5.	Vrij denken over een processuele belangeneis en een facultatief conflictenrecht	219
5.1	Inleiding	219
5.2	Een korte repetitie: waarom artikel 10:2 BW	219
5.3	Een processuele belangeneis in het conflictenrecht gewenst?	219
5.4	Verdient een facultatief conflictenrecht dan steun?	232
5.4.1	Het facultatieve conflictenrecht is een processueel leerstuk	232
5.4.2	Een facultatief conflictenrecht en het feitelijke karakter van vreemd recht	233
5.4.3	Een facultatief conflictenrecht en het juridische karakter van vreemd recht	237
5.4.4	Een tussenstand: het facultatief conflictenrecht is geen vreemde eend in de bijt	244
5.4.5	Het facultatief conflictenrecht in een gerechtelijke procedure	244
5.4.6	Mogelijke voordelen van een facultatief conflictenrecht	247
5.4.7	Enkele nadere overpeinzingen over het facultatief conflictenrecht	248
5.4.8	Wat levert het voorgaande op?	251
5.5.	Conclusie	253
6.	Arbitrage en ipr	255
6.1	Inleiding	255
6.2	Objectieve arbitrabiliteit en de vraag naar het toepasselijke recht	257
6.2.1	Arbitrabiliteit in arbitrage	259
6.2.2	Arbitrabiliteit in het geval van een vernietigingsprocedure	261
6.2.3	Arbitrabiliteit bij procedures over de erkenning en tenuitvoerlegging	261
6.2.4	Weer arbitrabiliteit in arbitrage	263
6.2.5	Arbitrabiliteit in het geval van een bodemprocedure	264
6.2.5.1	Plaats van arbitrage ligt in Nederland	264
6.2.5.2	Plaats van arbitrage ligt buiten Nederland	265
6.3	Subjectieve arbitrabiliteit en de vraag naar het toepasselijke recht	268
6.4	Het beginsel van <i>ius curia novit</i> en de ambtshalve toepassing van regels	272
6.4.1	Inleiding	272
6.4.2	<i>Ius curia novit</i> en de geldigheid van de arbitrageovereenkomst	273
6.4.3	<i>Ius curia novit</i> en het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt	276
6.4.4	De aanvulling van rechtsgronden en haar beperkingen	279
6.5	Het recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst	281
6.5.1	Inleiding	281

6.5.2	De leer van de separabiliteit	281
6.5.3	Het toepasselijke recht op de arbitrageovereenkomst	282
6.5.3.1	Het toepasselijke formeel recht	282
6.5.3.1(a)	Toepasselijk recht bij arbitrage in Nederland	283
6.5.3.1(b)	Toepasselijk recht bij arbitrage buiten Nederland	283
6.5.3.1(b)(1)	Het Verdrag van New York	284
6.5.3.1(b)(2)	Het meestbegunstigingsbeginsel	285
6.5.3.1(b)(3)	De commune regels	287
6.5.3.1(c)	Toepasselijk recht bij onbekende plaats van arbitrage	289
6.5.3.1(d)	Conclusie	290
6.5.3.2	Het toepasselijke materieel recht	290
6.5.3.2(a)	Een korte geschiedenis van de conflictregel	291
6.5.3.2(b)	De ontstaansgeschiedenis van artikel 10:166 BW	291
6.5.3.2(c)	Artikel 10:166 BW	294
6.5.3.2(d)	Conclusie	301
6.5.3.3	Tot slot	302
6.6	De regels die het arbitraal geding betreffen	302
6.7	Het recht dat van toepassing is op het materiële geschil	304
6.7.1	De lex mercatoria van artikel 1054 lid 2 Rv	306
6.7.2	De rechtskeuze van artikel 1054 lid 2 Rv	307
6.7.3	De subsidiaire conflictregel van artikel 1054 lid 2 Rv en zijn alternatieven	308
6.7.4	De vrijheid en grenzen van artikel 1054 lid 2 Rv	312
6.7.5	Conclusie en aanbeveling	313
6.8	Openbare orde en voorrangsregels	314
6.9	Conclusie	316
7.	Conclusie en samenvatting	319
	Conclusion and summary	337
	Literatuurlijst	353
	Overzicht van jurisprudentie	391
	Trefwoordenregister	397

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AC	Law Reports, Appeal Cases
A-G	Advocaat-Generaal
Appl. No.	Application Number
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGW	Belgisch Gerechtelijk Wetboek
BIP	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
BIT	Bilateral Investment Treaty
Brussel Ibis	Verordening (EU) Nr. 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking)
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambres civiles
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass. 1e Civ.	Cour de cassation (1ère Chambre civile)
Cass Com.	Cour de cassation (Chambre commerciale)
CLC	Company Law Cases
Cowp	Cowper's King's Bench Reports
CPC	Code de Procédure Civile
c.q.	casu quo
ECLI	European Case Law Identifier
EEX	Verordening (EG) Nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
EEX-Verdrag	Verdrag betreffende de internationale bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke en handelszaken 1968
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Eng. Rep.	English Reports
EU	Europese Unie
e.v.	en verder
EVO	Europees verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst

EVRM	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Giurispr. Cost.	Giurisprudenza Costituzionale
GW	Grondwet
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen / Hof van Justitie van de Europese Unie
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council of Commercial Arbitration
ICJ	International Court of Justice
ICJ Rep.	ICJ Reports
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID Rep.	ICSID Reports
ILA	International Law Association
ILM	International Legal Materials
ipr	internationaal privaatrecht
IPRG	IPR-Gesetz
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVRK	Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JPF	Jurisprudentie Personen- en Familierecht
Jurispr.	Jurisprudentie
KB	Law Reports, King's Bench Division
LJKB	Law Journal King's Bench
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MIT	Multilateral Investment Treaty
m.nt.	met noot
Modelwet	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NjW	Nieuw Juridisch Weekblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NYC	Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken van 10 juni 1958
p.	pagina
P	Law Reports, Probate
Pas. Lux.	Pasicrisie Luxembourgeoise

PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
P. Wms.	Peere-Williams' Chancery & King's Bench Cases
QB	Law Reports, Queen's Bench Division
Rb.	Rechtbank
Rev. crit. dr. int. priv.	Revue Critique de droit international privé
r.o.	rechtsoverweging
Rome I	Verordening (EG) nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
Rome II	Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
S&S	Schip en Schade
Stb.	Staatsblad
Trb.	Tractatenblad
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
Voorontwerp	Voorstellen tot wijziging van het Vierde Boek (Arbitrage), artikelen 1020-1076 Rv
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
W	Weekblad van het recht
Wet AB	Wet van 15 mei 1829 houdende Algemeene Bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Wetsvoorstel	Voorstel van wet voor de wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht
WIPR	Wetboek van internationaal privaatrecht
WLR	Weekly Law Reports
ZPO	Zivilprozessordnung

1. INLEIDING

1.1 Het onderwerp

Dit boek gaat over de grondslagen van het conflictenrecht¹ en de wijze waarop het conflictenrecht en het vreemde recht worden behandeld in gerechtelijke procedures en arbitrages. Daarbij staat de vraag centraal of de grondslagen van het conflictenrecht de behandeling van het conflictenrecht en het vreemde recht in een gerechtelijke en een arbitrale procedure kunnen verklaren. In dat verband rijzen de volgende (sub)vragen. Wat is de functie van het conflictenrecht, welke belangen dient het, welke methode kan het beste worden gehanteerd, wat is de rol van staten, het internationaal publiekrecht en het communautaire recht voor het moderne conflictenrecht, wat is de positie van het conflictenrecht in gerechtelijke procedures en arbitrages en wanneer komt het conflictenrecht in die procedures aan bod, wat is de positie en rol van het vreemde recht en hoe wordt de inhoud en werking van dat recht vastgesteld? Daarbij wordt onderzocht of de processuele behandeling van het conflictenrecht en het vreemde recht in gerechtelijke procedures en arbitrages, in het licht van de functie en het doel van het conflictenrecht, voldoet dan wel gewijzigd zou moeten worden.

1.2 Plan van behandeling

In het volgende hoofdstuk zal ik eerst de oorsprong van het conflictenrecht in kaart brengen. Meer in het bijzonder komt de historische ontwikkeling aan de orde die het internationaal privaatrecht heeft doorgeemaakt vanaf de middeleeuwen tot en met de negentiende eeuw, aangezien het moderne conflictenrecht zijn fundament vindt in die tijd. Vervolgens verplaats ik mijn zoektocht naar de grondslagen van het conflictenrecht in hoofdstuk 3 naar de moderne tijd. In dat verband zoek ik eerst antwoord op de vraag of staten volledig vrij zijn om het eigen conflictenrecht naar eigen goeddunken in te richten. Daarbij komen onder meer de gedachten aan bod van de Volkenrechtelijke stroming, de Realistische stroming en de Amerikaanse revolutionairen. Daarna bespreek ik het doel van het conflictenrecht en de functie van de moderne conflictregel. Vervolgens onderzoek ik op welke wijze het internationaal publiekrecht

¹ De term conflictenrecht wordt veelal gebruikt voor dat gedeelte van het internationaal privaatrecht dat regels geeft met betrekking tot de vraag welk recht van toepassing is. Het internationaal privaatrecht omvat daarnaast het internationaal bevoegdheidsrecht alsmede het erkennings- en tenuitvoerleggingsrecht, waarover ook Ten Wolde, p. 4. In dit boek gebruik ik evenwel ook de term internationaal privaatrecht voor het conflictenrecht.

en het communautaire recht vandaag de dag invloed uitoefenen op de inhoud en toepassing van conflictregels. Aan het einde van hoofdstuk 3 kom ik ten slotte op de vraag of alle rechtsstelsels (wel) voor gelijke toepassing in aanmerking komen. Vervolgens ligt de vraag voor hoe de grondslagen zich vertalen naar de praktijk. Daarom sta ik in hoofdstuk 4 uitgebreid stil bij de vraag hoe het conflictenrecht en het vreemde recht worden behandeld in procedures bij de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad. Ondanks dat artikel 10:2 BW een ambtshalve toepassing van het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht voorschrijft, zal blijken dat het conflictenrecht en het vreemde recht in alle instanties verschillend wordt behandeld. Men kan zich evenwel afvragen of dat niet anders moet. Daarom verwoord ik in hoofdstuk 4 eveneens een proeve van een alternatieve gedachte voor de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel en bepleit ik een conformiteitstoets voor cassatie. Verder bespreek ik hoe verrassingsbeslissingen kunnen worden voorkomen, welke middelen de rechter ter beschikking staan om de inhoud en werking van vreemd recht te achterhalen en wat er moet gebeuren als dat laatste niet lukt binnen een redelijke termijn. Vervolgens komt in hoofdstuk 5 de vraag aan de orde of artikel 10:2 BW en het daaruit voortvloeiende ambtshalve conflictenrecht zoals wij dat vandaag de dag kennen nog wel nuttig en noodzakelijk is. Zou het niet beter zijn om een processuele belangeneis of een facultatief conflictenrecht in te voeren? In hoofdstuk 6 komt tot slot de arbitrage aan bod. Aldaar ga ik in de eerste plaats in op de vraag welk recht van toepassing is op de objectieve en subjectieve arbitrabiliteit, waarna ik de vraag beantwoord of het beginsel van *ius curia novit* ook geldt in arbitrage. Vervolgens bespreek ik het recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst, het arbitraal geding en het materiële geschil. Daarna komt nog kort de kwestie aan bod wanneer regels van openbare orde en voorrangsregels geldingspretentie kunnen hebben. In de conclusie beantwoord ik de vraag of in het huidige Nederlandse arbitragerecht wel of geen recht wordt gedaan aan de grondslagen van het conflictenrecht. Ik eindig dit proefschrift in hoofdstuk 7 met een conclusie en samenvatting.

2. EEN HISTORISCH STARTPUNT

2.1 Inleiding

Na de val van het West-Romeinse Rijk in 476 n.C. belandde West-Europa in de middeleeuwen. De Romeinse cultuur ging verloren, de gotiek deed zijn intrede en de “*Pax Romana*” was voorgoed voltooid verleden tijd met de opkomst van (konink)rijken die elkaar te vuur en te zwaard bestreden voor een stuk land en macht. Daardoor was het ook gedaan met de internationale handel. Dat veranderde pas weer vanaf het midden van de middeleeuwen. Vanaf dat moment werd de wereld langzaam maar zeker weer internationaler,¹ verplaatsten burgers zich meer en leefde de internationale handel op.² Daardoor rees in de Westerse rechtswetenschap en rechtspraak praktijk geregeld de vraag welk recht van toepassing was. Opvallend is dat veel van de huidige theorieën, tegenstellingen en discussies zijn terug te voeren op gedachten die vanaf toen zijn ontwikkeld.³ Dat maakt een bespreking van de historische ontwikkeling die het internationaal privaatrecht in de Westerse wereld heeft doorgemaakt noodzakelijk om de grondslagen van ons moderne conflictenrecht te kunnen verklaren.

2.2 De Canonisten

Sommigen menen dat de Canonisten uit de twaalfde eeuw verantwoordelijk zijn voor het ontstaan en de ontwikkeling van ons internationaal privaatrecht.⁴ Zo zouden zij aan de basis hebben gestaan van verwijzingsregels als de *lex fori processus*, *lex loci contractus*, *lex loci delicti*, *lex rei sitae* en *lex loci celebrationis*. Tegelijkertijd zouden de canonieke rechtsgeleerden hebben gemeend dat een individuele regel opzij moest worden gezet als zij tot een onredelijk resultaat zou leiden. Rechtvaardigheid zou namelijk altijd moeten zegevieren.⁵ Dat de Canonisten verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van ons internationaal privaatrecht is echter geen algemeen verkondigd standpunt. Veelal wordt namelijk verdedigd dat de seculiere Italiaanse en Franse rechtsgeleerden het fundament hebben gelegd voor onze hedendaagse conflictenrechtelijke wetenschap.⁶

¹ Zie ook Van Apeldoorn, p. 230.

² Josephus Jitta 1913, p. 12.

³ In gelijke zin Niederer, p. 71-72.

⁴ Zie hieromtrent onder meer Neumeyer 1916, 2e deel, Berman 2005-I, p. 46 en Asser/Vonken 10-I, 269-270.

⁵ Berman 2005-I, p. 47.

⁶ Zie bijvoorbeeld Meijers 1934, p. 592 e.v., Kosters/Dubbink, p. 15 e.v. en Strikwerda 2015-I, p. 16.

2.3 De Statutisten

2.3.1 Inleiding

Algemeen wordt aangenomen dat de oorsprong van het huidige conflictenrecht kan worden gevonden in het Italië van de late middeleeuwen. Destijds was Italië niet één land, maar bestond het uit een veelheid van (kleine) stadstaten – zoals Bologna, Pisa, Modena, Florence, Siena, etc. – en de Pauselijke staten, die elkaar beconcurrerden om prestige en macht en die er niet voor terug deinsden om elkaar op het slagveld met wapengekletter tegemoet te treden. Al die stadstaten hadden ook hun eigen wetgeving (*statuta*) die onderling (sterk) kon verschillen.⁷ Zo was een contract in Bologna bijvoorbeeld geldig als het was gesloten in aanwezigheid van twee getuigen, terwijl zo'n contract in Modena slechts geldig was als het was gesloten in aanwezigheid van drie of meer getuigen.⁸ Het verschil in wetgeving zou er niet toe doen wanneer die stadstaten volledig geïsoleerd van elkaar zouden bestaan, maar die isolationistische situatie deed zich niet voor, als gevolg waarvan in Italië destijds regelmatig de vraag rees welke wetgeving wanneer van toepassing was en of men de gevolgen die door vreemde wetgeving in het leven waren geroepen moest erkennen.⁹

Aanvankelijk volgden rechters wat dat betreft voornamelijk het advies van Azo van Bologna – die leefde van ongeveer 1150 tot 1230 – om maar simpelweg de *lex fori* toe te passen.¹⁰ Andere Italiaanse rechtsgeleerden vonden die aanpak evenwel ongelukkig. Met een vrije geest, praktische zin en een oog voor hetgeen de aard der zaak vereiste, zochten zij dan ook in het Romeinse recht¹¹ – en meer specifiek in het *Corpus Iuris Civilis*,¹² dat bestaat uit de *Codex Justinianus*, de digesten, de instituten en de novellen¹³ – naar regels die zij konden gebruiken voor de behoeften van hun tijd. Daarbij bekommeren de Italiaanse middeleeuwse rechtsgeleer-

⁷ Naast de lokale statuten konden ook nog het *ius commune* en de *lex mercatoria* van toepassing zijn, die in sommige gevallen supranationale oplossingen boden, waarover verder onder meer Neumeyer 1969 en Maiolo 2007.

⁸ De Nova 1966, p. 444.

⁹ Van Brakel 1953, p. 20.

¹⁰ Edwards 2007, p. 28.

¹¹ Vergelijk Berman 2005-I, p. 46, die betoogt dat de postglossatoren hun ideeën hebben geleend van de Canonisten.

¹² Enzo Van de Kamp, p. 240 en Juenger 2005, p. 11.

¹³ Daarbij moet worden opgemerkt dat de novellen geen onderdeel uitmaakten van de oorspronkelijke compilatie van Justinianus. Zij waren toen namelijk nog niet geschreven en verschenen eerst later. Zie hierover Walton, p. 302 e.v. alsmede Watson 1995, p. 6-8.

den zich niet om het feit dat de Romeinen geen echt conflictenrecht kenden.¹⁴

Tot de derde eeuw v.C. bekommerden de Romeinen zich zelfs geheel niet om de vraag welk recht van toepassing was.¹⁵ Dat veranderde evenwel toen Rome zo goed als heel Italië had onderworpen maar de Italianen nog geen Romeins staatsburger waren. Vanaf toen gebeurde het namelijk op regelmatig basis dat een Romein en een vreemdeling een geschil hadden of dat twee of meer vreemdelingen een geschil hadden op Romeins grondgebied. Dan was het *ius civile* niet van toepassing, maar tegelijkertijd wilde men de rechtzoekende een actie evenmin ontzeggen.¹⁶ Daarvoor zocht men een oplossing, die werd gevonden in de idee van het *ius gentium* – het recht dat op basis van het natuurrecht gold voor alle volkeren.¹⁷ Het *ius gentium* bestond aldus uit (privaatrechtelijke) regels uit het Romeinse recht die de Romeinen ook genegen waren om toe te passen in kwesties waarbij anderen dan Romeinen betrokken waren omdat die regels universeel geaccepteerd zouden zijn.¹⁸ Zo bestonden er als het ware twee rechtsstelsels naast elkaar: het *ius civile* en het *ius gentium*.¹⁹ Dat onderscheid werd in 242 v.C. bezegeld met de *lex Plaetoria* en de instelling van de *praetor peregrinus*. Hij sprak recht op basis van het *ius gentium* en hij bestond naast de *praetor urbanus*, die recht sprak op basis van het *ius civile*.²⁰ Welke *praetor* moest worden aangezocht en welk rechtsstelsel moest worden toegepast, was dus afhankelijk van de voorliggende omstandigheden.²¹ Geleidelijk aan zou het *ius gentium* zich zelfs ontwikkelen tot een minder strikte en een meer geavanceerde set regels dan het *ius civile*, hetgeen er uiteindelijk toe zou leiden dat de *praetor urbanus* ook oplossingen uit het *ius gentium* zou toepassen wanneer hij recht sprak op grond van het *ius civile*.²² Daarbij zij ter vermijding van misverstanden opgemerkt dat het *ius gentium* bij de Romeinen geen internationaal publiekrecht was dat moest worden toegepast tussen staten. In die betekenis wordt het begrip *ius gentium* namelijk pas voor het eerst gebruikt in de 17^e eeuw door Hugo de Groot.²³

¹⁴ Zie onder andere Kusters 1917, p. 5-6, Von Mehren 2002, p.15 en Juenger 2005, p. 11.

¹⁵ Graveson, p. 30 en Kelly, p. 61.

¹⁶ Kaser, p. 10 en McDougal III, p. 521.

¹⁷ Kaser, p. 10 e.v.

¹⁸ Zie onder meer Walton, p. 364, Kelly, p. 62 en Kaser, p. 4 en p. 6 e.v.

¹⁹ Aldus Lokin & Zwolve, p. 23-25.

²⁰ Kaser, p. 5.

²¹ Zie ook Kaser, p. 14 e.v. voor een uitgebreid overzicht van de ontwikkeling van het *ius gentium* bij de Romeinen.

²² Malenica, p. 76-77.

²³ In gelijke zin Walton, p. 369-370.

De idee van het *ius gentium* als bron van recht voor privaatrechtelijke geschillen vond in de middeleeuwen evenwel geen navolging.²⁴ De vroege middeleeuwse Italiaanse rechtsgeleerden zouden namelijk een andere invalshoek kiezen. Uitgangspunt bij de beslechting van het wetsconflict was voor hen namelijk de billijkheid.²⁵ Dat komt treffend tot uitdrukking in het gedachtegoed van de Italiaanse glossator Aldricus, die leefde van 1182 tot 1260. Volgens hem moest telkens de beste en meest bruikbare wet worden toegepast.²⁶ Maar Aldricus heeft evenmin navolging gevonden. Zijn teleologische benadering werd namelijk overvleugeld door een conceptuele invalshoek. Latere rechtsgeleerden – lees: de postglossatoren – wilden de toepasselijke wet namelijk vinden en het conflictenrechtelijke vraagstuk oplossen door aan elke regel een ruimtelijk toepassingsgebied toe te kennen.²⁷ Op die wijze zochten zij een antwoord op de vraag welke van de samenlopende rechtsnormen het meest voor toepassing in aanmerking kwam, de grootste geldingspretentie had, oftewel de meest overtuigende claim op toepassing kon doen gelden.²⁸ Daarbij was de inhoud van de rechtsnorm leidend. Daarmee was de statutenleer geboren. Die leer heeft het conflictenrechtelijke denken in Europa tot ver in de 19^e eeuw beheerst. Ook vandaag de dag zijn haar invloeden nog merkbaar.²⁹

2.3.2 *Bartolus*

De postglossator die het meest betekend heeft voor het conflictenrecht is Bartolus de Saxoferrato (1313-1357),³⁰ die ook wel wordt gezien als de grootste rechtsgeleerde van zijn tijd.³¹ Hierna bespreek ik de wijze waarop hij wetsconflicten wilde beslechten.³²

2.3.2.1 *De aanpak van Bartolus in vogelvlicht*

Bartolus bundelde de conflictenrechtelijke theorieën van andere rechtsgeleerden en hij gaf die tezamen met zijn eigen gedachten in een systemati-

²⁴ Enzo Juenger 1985, p. 141.

²⁵ Aldus Suijling, p. 3 en Van de Kamp, p. 237.

²⁶ Juenger 1982, p. 120.

²⁷ In gelijke zin Juenger 1982, p. 121 en Edwards 2007, p. 28.

²⁸ De Boer 1996-I, p. 9.

²⁹ Dat zal duidelijk worden in het vervolg van dit proefschrift.

³⁰ Zie ook Kusters/Dubbink, p. 17.

³¹ Van de Kamp, p. 246.

³² Omdat Bartolus veelal wordt beschouwd als de postglossator die het meest betekend heeft voor het conflictenrecht en hij een overheersende invloed heeft gehad op zijn Italiaanse opvolgers (Kusters/Dubbink, p. 23) bespreek ik zijn gedachten en laat ik de theorieën van andere Italiaanse statutenleerders, zoals Baldus de Ubaldis, buiten beschouwing.

sche verhandeling weer als commentaar op Digest I.iii.32 (*de quibus*) en de eerste wet (C.1.1.1) van de *Codex Justinianus*, de zogenaamde *cunctos populos*.³³ De eerste regel van laatstgenoemde wet luidt als volgt:

“Alle volkeren, waarover wij een mild en gematigd bewind voeren zullen zich, zo is onze wil, tot de religie bekeren, die de goddelijke apostel Petrus aan de Romeinen overgeleverd heeft, zoals het door hem ingevoerde geloof zich tot op de huidige dag manifesteert.”³⁴

Uit deze regel leidde Bartolus af dat de keizer slechts gezag claimde over zijn eigen onderdanen en daarmee derhalve impliciet erkende dat andere soevereinen gezag hadden over hun eigen onderdanen.³⁵ Dat bracht hem ertoe om zijn commentaar op de *cunctos populos* te openen met de volgende twee vragen: (a) kan eigen wetgeving gelding hebben ten aanzien van in de eigen stad verblijvende vreemdelingen, en (b) kan eigen wetgeving buiten het territorium van de eigen stad gelding hebben?³⁶

Voor de beantwoording van voornoemde vragen verdeelde Bartolus de statuten overeenkomstig hun aard en inhoud onder in verschillende klassen. Elke klasse had zijn eigen ruimtelijke toepassingsgebied. De reikwijdte en het toepassingsbereik van de regel (*statutum*) volgde zodoende uit de regel zelf afhankelijk van de klasse waartoe zij kon worden gerekend. Doorgaans wordt in de literatuur betoogd dat Bartolus twee dan wel drie klassen van rechtsregels onderscheidde. Het zou in ieder geval gaan om de *statuta personalia* (persoonlijke statuten) en de *statuta realia* (zakelijke of reële statuten).³⁷ Daarnaast zou Bartolus ook wel de *statuta mixta* (gemengde statuten) hebben onderscheiden.³⁸ Zijn onderscheiding zou niet origineel zijn, maar zijn ontleend aan de werken van Gaius³⁹ dan wel Guillelmus de Cuneo⁴⁰ (ook wel gespeld als Gulielmus de Cuneo⁴¹). Van de Kamp, die onderzoek heeft gedaan naar het leven en werk van

³³ Voor een Engelse vertaling van Bartolus' verhandelingen over het conflictenrecht wordt verwezen naar Smith.

³⁴ Het Latijnse origineel luidt als volgt: “*CUNCTOS populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse romanis, religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat.*”

³⁵ Waarover onder andere Von Mehren 2002, p. 16.

³⁶ Bartolus in punt 13 van zijn commentaar op de *cunctos populos* (Smith, p. 174), waarover ook Kosters/Dubbink, p. 18 en Strikwerda 2015-I, p. 16.

³⁷ Zie bijvoorbeeld Kosters 1917, p. 27.

³⁸ Asser/Vonken 10-I, 276.

³⁹ Volken, p. 89-90.

⁴⁰ De Winter 1947, p. 11.

⁴¹ Kosters/Dubbink, p. 18.

Bartolus, meende evenwel dat Bartolus zich genuanceerder heeft uitgelaten. Hij kon zich derhalve niet vinden in de hiervoor genoemde onderverdeling.⁴² In zijn proefschrift heeft Van de Kamp de algemene beginse-len van Bartolus, zoals hij ze zag, helder en bondig weergegeven.⁴³ Die weergave zal ik hierna herhalen:⁴⁴

- “1. Ten aanzien van de rechts- en handelingsbevoegdheid (dus ten aanzien van het personenrecht) besliste Bartolus het volgende:
 - a. De statuten, die een verbod bevatten, dat in het belang is van de betrokken persoon (dus die dienen om hem te beschermen), gelden voor de burgers van de stad, die ze heeft vastgesteld, waar die burgers zich ook bevinden.
 - b. De statuten, die een verbod bevatten dat voor iemand schadelijk is, gelden niet buiten het territoir van de stad, die ze heeft vastgesteld.
 - c. De statuten, die een verbod bevatten, zijn niet van toepassing op vreemdelingen die in de stad verblijven.
 - d. De statuten, die iets toestaan met betrekking tot iemands rechts- of handelingsbevoegdheid, gelden slechts binnen het gebied van de stad.
 - e. De statuten van de laatste soort gelden ook alleen voor de burgers.
2. Ten aanzien van onroerende goederen geldt het recht van de plaats waar de goederen zijn gelegen.
3. Voor het antwoord op de vraag, of de bepaling van een statuut een zaak of een persoon betreft, moet men nagaan, hoe het statuut precies geformuleerd is.
4. Ten aanzien van de vormvereisten voor de geldigheid van overeenkomsten, testamenten en andere rechtshandelingen geldt het recht van de plaats waar die handelingen worden verricht, ongeacht door wie zij werd verricht.
5. Ten aanzien van overeenkomsten besliste Bartolus als volgt:
 - a. Ten aanzien van rechtsgevolgen die volgens de natuur der overeenkomst ontstaan op het ogenblik van het sluiten, geldt het recht van de plaats waar de overeenkomst is gesloten.
 - b. Ten aanzien van rechtsgevolgen uit een overeenkomst terzake een bruidsschat geldt het recht van de plaats waarvan de man afkomstig is.
 - c. Ten aanzien van gevolgen, die door nalatigheid of in gebreke zijn ontstaan uit een feit dat zich na het sluiten van

⁴² Van de Kamp, p. 236-237.

⁴³ Van de Kamp, p. 233-236.

⁴⁴ Zie ook Smith, p. 161-163, met een eigen samenvatting.

de overeenkomst voordoet (bijvoorbeeld verjaring), geldt het recht van de plaats waar volgens afspraak de nakoming had moeten geschieden.

- d. Is daarentegen aan degene, die nakoming eist van een contract, de keuze gelaten tussen verschillende plaatsen, of is er in het geheel geen plaats van nakoming genoemd, dan geldt het recht van de plaats waar de nakoming wordt gevorderd.
6. Ten aanzien van de wijze waarop een procedure moet worden gevoerd, geldt het recht van de plaats waar dat proces wordt gevoerd.”⁴⁵

Bezieet men Bartolus’ werken nader dan moet men in ieder geval concluderen dat Bartolus de statuten onderscheidde naar hun onderwerp en naar hun strekking.⁴⁶ Wat dat laatste betreft maakte hij onderscheid tussen veroorlovende en verbiedende statuten. Veroorlovende statuten werkten soms door buiten het grondgebied van de stad die ze had uitgevaardigd, maar meestal niet.⁴⁷ Veroorlovende personele statuten werkten volgens Bartolus namelijk slechts territoriaal.⁴⁸ Zo had het verlenen van een bepaalde capaciteit aan een persoon op grond van lokale wetgeving wat hem betreft bijvoorbeeld geen gevolgen buiten het grondgebied van de betreffende wetgever.⁴⁹ Verbiedende statuten verdeelde Bartolus op zijn beurt weer onder in regels die voordelig waren voor de persoon en regels die nadelig waren voor de persoon. Voorbeelden van verbiedende statuten die voordelig waren voor de persoon zijn het verbod voor minderjarigen om een testament op te stellen en het schenkingsverbod tussen echtgenoten. Zulke regels zouden vervolgens voor voornoemde personen overal gelden.⁵⁰ Ten aanzien van verbiedende statuten die nadelig waren voor de persoon dacht Bartolus onder meer aan de regel dat dochters niet konden erven. Die regel gold niet ten aanzien van bezittingen buiten de stad van de wetgever die voornoemde regel had uitgevaardigd.⁵¹

Alle statuten moesten naar de mening van Bartolus vervolgens bereid zijn om de toepassing van de eigen statuten achterwege te laten ten faveure van vreemde statuten als zijn conflictregels dat zo bepaalden. Die con-

⁴⁵ De strafrechtelijke verwijzingsregel is overigens niet weergegeven.

⁴⁶ In gelijke zin Strikwerda 2015-I, p. 16.

⁴⁷ Vergelijk Bartolus in punt 34 e.v. van zijn commentaar op de *cunctos populos* (Smith, p. 247 e.v.).

⁴⁸ Zie ook De Winter 1947, p. 11-12.

⁴⁹ Bartolus in punt 39 van zijn commentaar op de *cunctos populos* (Smith, p. 252).

⁵⁰ Bartolus in punt 33 van zijn commentaar op de *cunctos populos* (Smith, p. 181-182).

⁵¹ Bartolus in punt 33 van zijn commentaar op de *cunctos populos* (Smith, p. 182).

flicregels hadden wat Bartolus betreft dus een universeel karakter.⁵² Zo moest namelijk overal op gelijke wijze worden bepaald welk statuut wanneer gelding had.⁵³

2.3.2.2 Een praktijkvoorbeeld ontleend aan Bartolus

Aan de hand van een voorbeeld, ontleend aan Bartolus' werk,⁵⁴ tracht ik te verduidelijken hoe de statutistische methode van Bartolus in de praktijk werkte. Stel dat een vader van een familie, die onroerend goed bezit in Engeland en Italië, overlijdt. Volgens het Engelse recht erft de eerstgeboren zoon alles – de zogenaamde regel van *primogeniture* – maar volgens het Italiaanse erfrecht kunnen alle erfgenamen aanspraak maken op een gedeelte van het onroerend goed. Vraag is dan aan wie het onroerend goed toekomt: aan de oudste zoon of ook aan de andere mogelijke erfgenamen? Deze vraag beantwoordde Bartolus door het ruimtelijke toepassingsgebied te bepalen van de regels die golden in de plaatsen waar het onroerend goed was gelegen. Dit deed hij aan de hand van de inhoud van die regels zelf.⁵⁵

Zou de Engelse regel bijvoorbeeld bepalen dat 'de bezittingen van de overleden persoon zullen overgaan op de eerstgeboren zoon', dan zou de regel van *primogeniture* volgens Bartolus moeten worden gezien als een *statutum reale* omdat de nadruk lag op de bezittingen. In dat geval diende de vererving te geschieden conform de wetten en gewoonten van de plaats van het onroerend goed.⁵⁶ In Engeland kwam het onroerend goed derhalve toe aan de oudste zoon, ongeacht waar hij woonachtig was. Bartolus liet in zijn voorbeeld vervolgens in het midden wat er diende te geschieden met het Italiaanse onroerend goed. Aannemelijk is evenwel dat Bartolus meende dat de Engelse regel van *primogeniture* daarop sowieso niet kon worden toegepast, omdat die Engelse regel als *statutum*

⁵² Enzo Niederer, p. 21 alsmede Paul 1988, p. 157.

⁵³ Zie ook Wolff, p. 11.

⁵⁴ Smith, p. 255-257, waar punten 42-43 van Bartolus' commentaar op de *cunctos populos* is vertaald.

⁵⁵ Zo bepaalde Bartolus met behulp van een grammaticale uitleg het geldingsbereik van een wet (evenzo onder meer Asser 1880, p. 5, Kusters 1917, p. 27 en Pontier 2005, p. 6). Symeonides meende dat Bartolus en zijn tijdgenoten bij het bepalen van het geldingsbereik van een rechtsregel ten onrechte vertrouwden op diens tekst. Dat zouden latere statutisten ook hebben onderkend. Daarom zouden zij een uitleg hebben voorgestaan waarbij meer de nadruk kwam te liggen op het doel van een wet, aldus Symeonides, p. 11.

⁵⁶ Aldus Bartolus in punt 43 bij de *cunctos populos* (Smith, p. 256). Vergelijk ook Bartolus' commentaar in punt 27 bij de *cunctos populos* (Smith, p. 180) en punt 29 bij de *quibus* (Smith, p. 172).

reale slechts territoriale werking had. Derhalve kwam het Italiaanse onroerend goed toe aan alle erfgenamen.

Moest evenwel worden geconcludeerd dat de Engelse regel van *primogeniture* niet zag op het onroerend goed maar op de persoon, omdat hij bijvoorbeeld bepaalde dat de 'eerstgeborene alles zal erven', dan behoorde de betreffende regel tot de klasse van regels die zien op de persoon. Dan kwam het er op aan of de overledene Engels was of niet.⁵⁷ Was dat niet het geval, dan was de Engelse regel van *primogeniture* niet van toepassing, omdat lokale regels die zien op de persoon niet van toepassing zijn op vreemdelingen.⁵⁸ Aldus zou het onroerend goed toekomen aan alle erfgenamen. Was de overledene daarentegen wel Engels, dan zou de eerstgeboren zoon het Engelse onroerend goed erven. Het Italiaanse onroerend goed zou evenwel toekomen aan alle erfgenamen, omdat de Engelse regel van *primogeniture* ofwel kwaadaardig (odieuus) was ofwel veroorlovend was in die zin dat geen rekening hoefde te worden gehouden met de jongere kinderen en aldus een barrière werd weggenomen voor de eerstgeboren zoon om het onroerend goed onverdeeld te kunnen erven. Derhalve kon voornoemde regel van *primogeniture* volgens Bartolus hoe dan ook niet buiten Engeland werken.

2.3.2.3 *De statuta odiosa bij Bartolus*

Voorgaand praktijkvoorbeeld maakt inzichtelijk dat de extraterritoriale werking van een statuut kon worden beperkt door die regel te kwalificeren als een verbiedende regel die nadelig was voor de persoon (*statuta odiosa*) of een veroorlovende regel die de persoon betrof (*statuta permissiva*). In de moderne literatuur hebben de *statuta odiosa* wat dat betreft de meeste aandacht gekregen.⁵⁹ Dat komt wellicht omdat in de moderne literatuur nog steeds de gedachte ingang vindt dat veroorlovende regels te allen tijde extraterritoriale werking zouden hebben.⁶⁰ Zoals hiervoor bleek, was dat evenwel allesbehalve het geval. Het is daarentegen onomstreden dat *statuta odiosa* in alle gevallen slechts een beperkte territoriale werking hadden. Zij werkten alleen op het grondgebied van de wetgever die hen had uitgevaardigd.⁶¹ De *statuta odiosa* waren derhalve rechtsregels die buiten toepassing moesten worden gelaten buiten de landsgren-

⁵⁷ Aldus Bartolus in punt 43 bij de *cunctos populos* (Smith, p. 256-257). Daarbij gaat het dus om de nationaliteit en niet om de woonplaats van de overleden persoon.

⁵⁸ Aldus Bartolus in punt 43 bij de *cunctos populos* (Smith, p. 256-257).

⁵⁹ *Statuta odiosa* zijn dus verbiedende regels die nadelig waren voor de persoon.

⁶⁰ Vergelijk bijvoorbeeld Asser/Vonken 10-I, 276-277.

⁶¹ Aldus Bartolus in punt 33 van zijn commentaar op de *cunctos populos* (Smith, p. 182-183).

zen van de staat waar ze golden.⁶² Voorbeelden van *statuta odiosa* zijn de hiervoor besproken regel op grond waarvan dochters niet kunnen erven en de regel van *primogeniture*. Bartolus bestempelde deze regels als kwaadaardig.⁶³ Het ging aanvankelijk om regels die nadelig waren voor bepaalde personen. Later ging het om regels die men onbillijk of onrechtvaardig achtte.⁶⁴ In het licht daarvan werd de werking aan odieuze statuten onthouden, net zoals tegenwoordig de werking kan worden ontzegd aan vreemde wetten die in strijd zijn met de openbare orde. In de moderne literatuur leest men daarom wel dat het leerstuk van de *statuta odiosa* kan worden gezien als een voorloper van de openbare orde-exceptie.⁶⁵

2.3.2.4 De invloed van Bartolus op de wetenschap van het *ipr*

Met zijn systematische verhandelingen heeft Bartolus een grote invloed – sommigen spreken zelfs van een overheersende invloed⁶⁶ – gehad op latere generaties van academische en praktiserende juristen⁶⁷ en zijn gedachten beïnvloeden het conflictenrecht tot op de dag van vandaag.⁶⁸ De wortels van de moderne conflictenrechtelijke wetenschap vinden dan ook mede hun oorsprong bij Bartolus. Van de Kamp was in zijn proefschrift ook ronduit lyrisch. Zo schreef hij dat Bartolus' oplossing van het probleem van de onderlinge verhouding der statuten uitmuntte in een heldere gedachtegang, een juiste analyse der casusposities en een opmerkelijke volledigheid. Daarbij zou Bartolus zich altijd hebben gericht naar de praktijk.⁶⁹ De conflictenrechtelijke methode van Bartolus werkte volgens Van de Kamp ook goed in de praktijk, op één uitzondering na. De wijze waarop Bartolus de grens trachtte te trekken tussen de statuten die een zaak betroffen en die betrekking hadden op een persoon zou minder gelukkig zijn.⁷⁰ Deze regel zou namelijk niet in alle gevallen een oplossing bieden.⁷¹ Ik kom daar in paragraaf 2.3.5 nog op terug. In tegenstelling tot Van de Kamp was Juenger bijvoorbeeld ronduit kritisch over Bartolus en diens tijdgenoten. Zo schreef hij: "*In hindsight, much of what the glossators and commentators wrote may indeed appear ludicrous.*"⁷² Maar

⁶² In gelijke zin Eek, p. 20 en Spickhoff, p. 30-32.

⁶³ Zie bijvoorbeeld wederom punt 43 van Bartolus' commentaar op de *cunctos populos* (Smith, p. 256-258).

⁶⁴ Meijers 1934, p. 602 e.v.

⁶⁵ Zie aldus Eek, p. 20, Thoma, p. 8 en Asser/Vonken 10-I, 277.

⁶⁶ Zie Meijers 1934, p. 606 e.v. alsmede Kusters/Dubbink, p. 23.

⁶⁷ Asser/Vonken 10-I, 276.

⁶⁸ Asser/Vonken 10-I, 277.

⁶⁹ Van de Kamp, p. 237.

⁷⁰ Zie het voorbeeld uit paragraaf 2.3.2.2.

⁷¹ Van de Kamp, p. 237.

⁷² Juenger 2005, p. 15.

tegelijktijd moest Juenger erkennen dat: “Yet, we should not lose sight of the remarkable accomplishments of those who first discussed conflicts problems [...]. These medieval scholars conceived highly original methods, about which the Greeks and Romans had never thought, to solve multistate problems by making a principle selection among competing local rules.”⁷³

2.3.3 d'Argentré

Naast de Italiaanse rechtsgeleerden hielden ook de Franse rechtsgeleerden zich tijdens de late gotiek en het begin van de renaissance uitvoerig bezig met het internationaal privaatrecht. De Fransen wilden in tegenstelling tot de Italianen niet alleen externe (lees: interstedelijke) wetsconflicten oplossen maar ook interne wetsconflicten beslechten. Zo kon in het feodale koninkrijk Frankrijk de wetgeving per provincie enorm verschillen. Daardoor rees regelmatig de vraag welk regionaal rechtstelsel van toepassing was. Ook rees geregeld de vraag of een regionaal rechtstelsel of het Franse federale recht moest worden toegepast.

Eén van de Franse rechtsgeleerden die zich met voorgaande vragen bezig heeft gehouden, is Bertrand d'Argentré (1519-1590). Hij wordt in het algemeen gezien als de grondlegger van de Franse school.⁷⁴ d'Argentré presenteerde zijn ideeën in tegenstelling tot de Italianen niet als commentaar op het *Corpus Iuris Civilis* maar als commentaar op artikel 218 van de *coutume* (wetgeving) van Bretagne.⁷⁵ Daarbij ging d'Argentré er in tegenstelling tot Bartolus vanuit dat verwijzingsregels lokale creaties waren die geen universele gelding (kunnen) hebben.⁷⁶ Hij was volgens Kusters/Dubbink bovendien een groot voorstander van de feodale prerogatieven en kort na de daarvoor tot stand gekomen vereniging van Bretagne en Frankrijk beducht voor Franse inbreuken op de instandhouding van de *coutume de Bretagne*.⁷⁷

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Suijling, p. 6.

⁷⁵ Ik verwijs naar het werk “Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines antiquissimi ducatus Britanniae” van d'Argentré uit 1621, Zie hierover Westlake, p. 17 e.v., Kusters 1908, p. 13, Gamillscheg, p. 66-71, Kusters/Dubbink, p. 32-35 alsmede Gutzwiller 1977, p. 91. In tegenstelling tot d'Argentré verliet diens tijd- en landgenoot Charles Dumoulin (1500-1566) zich nog wel op het *Corpus Iuris Civilis*. Om die reden wordt hij veelal niet tot de Franse, maar tot de Italiaanse school gerekend. Door sommigen wordt overigens wel verdedigd dat Dumoulin de eerste is geweest die het concept van de partijautonomie in het overeenkomstenrecht zou hebben aangenomen, waarover kritisch Gamillscheg, p. 110 e.v.

⁷⁶ Niederer, p. 21 en Juenger 2005, p. 17.

⁷⁷ Kusters/Dubbink, p. 32-33.

Bij zijn conflictenrechtelijke onderzoek nam d'Argentré de gedachten van de Italianen als uitgangspunt. Net als hen verdeelde d'Argentré de rechtsregels onder in verschillende klassen met elk hun eigen ruimtelijk toepassingsgebied. Daarbij heeft d'Argentré volgens Kusters en Strikwerda de voor de statutenleer zo kenmerkende onderscheiding tussen *statuta realia*, *statuta personalia* en *statuta mixta* tot hoofdonderscheiding verheven.⁷⁸ Het geldingsbereik van een statuut werd vervolgens bepaald door het onder te brengen bij één van voornoemde klassen van rechtsregels.⁷⁹ Voor partijautonomie was in het systeem van d'Argentré geen plaats,⁸⁰ zodat partijen niet zelf het toepasselijke recht konden bepalen.

Het zwaartepunt lag bij d'Argentré op de *statuta realia* – regels die zien op onroerend goed – aangezien de meeste regels daarmee wat d'Argentré betreft verband hielden. Ten aanzien van rechten op het onroerend goed was het recht van het land waar dat goed was gelegen vervolgens beslissend.⁸¹ Dat recht moest bijvoorbeeld ook worden toegepast bij de vererving van onroerend goed⁸² en bij overeenkomst of (rechts)handeling kon men niet ingaan tegen dat recht.⁸³ *Statuta realia* werden dan ook beheerst door het territorialiteitsbeginsel en de macht van de wetgever met betrekking tot deze regels reikte niet verder dan de eigen landsgrenzen.⁸⁴ Zo kon wetgeving van Bretagne bijvoorbeeld niets zeggen over onroerend goed dat was gelegen in de Provence. De *statuta mixta* zagen op de vorm van rechtshandelingen.⁸⁵ Ook deze regels waren onderworpen aan het territorialiteitsbeginsel.⁸⁶ Het recht van het land waar de handeling werd verricht was aldus beslissend.⁸⁷ De *statuta personalia* hadden in de eerste plaats betrekking op het personenrecht en die regels werden beheerst door het woonplaatsbeginsel.⁸⁸ Aldus golden in beginsel de persoonlijke wetten van het land waar de persoon woonplaats hield.⁸⁹ Ook als die persoon in het buitenland verbleef. Het recht van de plaats van afkomst van de betrokken personen was vervolgens alleen nog van belang als

⁷⁸ Kusters 1917, p. 29 respectievelijk Strikwerda 2015-I, p. 17.

⁷⁹ Strikwerda 1978, p. 113.

⁸⁰ Kusters 1917, p. 30.

⁸¹ Zie ook Story, p. 12 en Van Apeldoorn 1955, p. 231.

⁸² Gutzwiller 1977, p. 94.

⁸³ Kusters/Dubbink, p. 33.

⁸⁴ Strikwerda 2015-I, p. 17.

⁸⁵ In gelijke zin Van Apeldoorn 1955, p. 231.

⁸⁶ Strikwerda 2015-I, p. 17.

⁸⁷ Van Apeldoorn 1955, p. 231.

⁸⁸ Enzo Van Apeldoorn 1955, p. 231 alsmede Kegel 1964, p. 103.

⁸⁹ Hierbij zij bedacht dat een persoon zijn woonplaats kan wijzigen als gevolg waarvan andere rechtsregels (lees: de regels van de nieuwe woonplaats) op de betreffende persoon van toepassing worden.

geen woonplaats kon worden bepaald.⁹⁰ Tegelijkertijd bracht het voorgaande mee dat lokale wetgeving terzake de staat en de handelingsbevoegdheid van een persoon niet van toepassing was op vreemdelingen.⁹¹ De *statuta personalia* omvatten in de tweede plaats ook regels die zagen op roerende goederen, omdat zij de persoon konden volgen, zij zodoende geschikt waren om te worden verplaatst en aldus geen ligging hadden.⁹² Roerende goederen werden om die reden geregeerd door het recht van de woonplaats van de eigenaar.⁹³ Zo werden vragen rondom de vererving van roerende goederen volgens d'Argentré bijvoorbeeld beheerst door de wet van de laatste woonplaats van de overledene, ongeacht waar de goederen zich bevonden.⁹⁴ In het licht van het voorgaande kan dan ook worden gesteld dat de *statuta personalia* volgens d'Argentré extraterritoriale werking hadden.⁹⁵ Oftewel: "*Les coutumes personnelles sont universelles.*"⁹⁶

Aangezien de meeste wetten volgens d'Argentré behoorden tot de *statuta realia* en de *statuta mixta* kwam de nadruk bij hem te liggen op het territoriale karakter van wetgeving. Neemt men daarbij in ogenschouw dat in de tijd van d'Argentré welvaart vooral was gerelateerd aan het bezit van reële goederen,⁹⁷ veel geschillen direct dan wel indirect te maken hadden met (het bezit van) die goederen, die geschillen in het algemeen werden voorgelegd aan en afgedaan door de rechterlijke autoriteit van de plaats van het goed, dan behoeft het weinig verbazing meer dat d'Argentré's systeem in feite de toepassing van de *lex fori* als het materieel toepasselijke recht in de hand werkte.⁹⁸

2.3.4 De unilaterale methode

Net als Bartolus en d'Argentré losten andere Italiaanse en Franse statisten het conflictenrechtelijke probleem op door het ruimtelijke toepassingsgebied van de materiële rechtsregel (*statutum*) te bepalen vanuit de

⁹⁰ Kusters/Dubbink, p. 33.

⁹¹ Suijling, p. 4 en p. 6.

⁹² Van Apeldoorn 1955, p. 231 en Gutzwiller 1977, p. 93.

⁹³ Gutzwiller 1977, p. 99.

⁹⁴ Kusters/Dubbink, p. 33.

⁹⁵ Story, p. 12.

⁹⁶ Volken, p. 90.

⁹⁷ Juenger 2005, p. 18.

⁹⁸ Kegel 1964, p. 103 alsmede Juenger 2005, p. 18.

rechtsregel zelf.⁹⁹ Om die reden staat de methode van de Italiaanse en Franse statutisten ook wel bekend als de unilaterale methode.¹⁰⁰

2.3.5 *De praktische onwerkbaarheid van de unilaterale methode*

In theorie lijkt het procedé van de unilaterale methode – hoewel het enigszins kunstmatig aandoet – vrij werkbaar. De praktijk bleek evenwel weerbarstiger. Zo was de statutenleer eenvoudig noch volledig.¹⁰¹ Het was namelijk regelmatig lastig om te bepalen of een rechtsregel tot de klasse van de *statuta personalia*, *statuta realia* of *statuta mixta* behoorde, alleen al omdat regels vaak zien op zowel zaken als personen.¹⁰² In zulke gevallen bracht de tekst noch het doel van de regel uitsluiting, althans voelde de gekozen oplossing arbitrair aan. Zodoende kon het ook voorkomen dat een rechtsregel bij verschillende klassen kon worden ondergebracht, afhankelijk van waarop men de nadruk legde. In het licht daarvan konden diegenen die zich bezighielden met het rechtsbedrijf de meest uiteenlopende oplossingen verdedigen zonder dat een oplossing als fout terzijde kon worden geschoven en de aanwending der statuten-theorie bleek dan ook tot uitkomsten te leiden die vrijwel geheel afhankelijk waren van het persoonlijke inzicht van hen die haar toepasten.¹⁰³ Het zal dan ook niet verbazen dat in de literatuur uitvoerig is gedebatteerd over de vraag wanneer een statuut als reëel, gemengd of persoonlijk moest worden aangemerkt en hoe dit probleem kon worden opgelost.

2.3.6 *Het conflictenrechtelijke pad begaanbaar gemaakt*

Ondanks de chronische gebreken die met de Italiaanse en Franse statutenleer gepaard gingen en die later ook onoplosbaar bleken, mogen de inspanningen die de Italiaanse en Franse statutisten hebben geleverd niet worden onderschat. Met hun baanbrekende werk hebben zij namelijk een onbegaanbaar conflictenrechtelijk pad begaanbaar gemaakt. In eerste instantie aan de hand van het Romeinse recht, later aan de hand van plaatselijke wetgeving, zoals de *coutume* van Bretagne. Met recht kan dan ook worden gesteld dat de Italiaanse en Franse statutisten het conflictenrecht op de kaart hebben gezet.

⁹⁹ Juenger 2000, p. 291.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Symeonides, p. 10.

¹⁰¹ Van Apeldoorn 1955, p. 232.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ De Winter 1947, p. 14.

2.3.7 *De Hollandse school*

Naast de Italianen en de Fransen zijn ook de Nederlandse rechtsgeleerden belangrijk geweest voor de ontwikkeling van het vroege conflictenrecht. De interesse van de Nederlanders in het conflictenrecht was net als bij de Italianen en de Fransen opgewekt door de behoeften van hun tijd en ingegeven door de lokale omstandigheden.¹⁰⁴ Zo kende de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden een complex juridisch systeem. De Republiek was in wezen een confederatie, die bestond uit soevereine gewesten en Generaliteitslanden, die elk in meer of mindere mate hun eigen recht hadden ontwikkeld dat onderling (sterk) kon verschillen.¹⁰⁵ Ook werd er vanuit de Republiek wereldwijd handel gedreven. Interne en externe wetsconflicten – door de Nederlandse rechtsgeleerden ook wel *conflictus legum* genoemd – waren dan ook aan de orde van de dag.¹⁰⁶ Voor die wetsconflicten zochten de Nederlanders vervolgens een oplossing.

Bij het oplossen van wetsconflicten borduurden de Nederlandse rechtsgeleerden voort op de gedachten van de Italianen en Fransen. Daarbij springen de oplossingen van Paulus Voet (1619-1667),¹⁰⁷ diens zoon Johannes (1647-1713)¹⁰⁸ en Ulrik Huber (1636-1694)¹⁰⁹ voor het onderwerp van dit proefschrift in het oog, zonder dat ik daarbij overigens afbreuk wil doen aan het werk van andere landgenoten zoals Christiaan Rodenburg (1618-1668),¹¹⁰ die mede de noodzakelijke schakel vormde tussen de Franse school en wat later de Hollandse school is gaan heten.¹¹¹ Over het algemeen wordt evenwel aangenomen dat de beide Voeten en Huber bepalend zijn geweest voor de Hollandse school – die volgens Kollewijn

¹⁰⁴ Juenger 2005, p. 19.

¹⁰⁵ Zie ook Suijling, p. 9.

¹⁰⁶ De Nova 1966, p. 448.

¹⁰⁷ Voor een korte levensbeschrijving verwijs ik naar Van der Aa, deel 19, p. 304-306.

¹⁰⁸ Voor een korte levensbeschrijving verwijs ik naar Van der Aa, deel 19, p. 303-304.

¹⁰⁹ Voor een korte levensbeschrijving verwijs ik naar Van der Aa, deel 8-2, p. 1375-1382.

¹¹⁰ Voor een korte levensbeschrijving verwijs ik naar Van der Aa, deel 16, p. 395-396. Voor een bespreking van Rodenburgs werk “On suprema trajectinorum curia senatoris, Tractatus de jure conjugum: in quo de viri in uxorem potestate, eorumque obligationibus, judiciis, mutuis gratificationibus, bonorum communione, pactisque dotalibus, illustriores controversiæ, ad usum fori patrii, vicinarumque regionum expenduntur: cum tractatione præliminari De jure, quod oritur ex statutorum, vel consuetudinum discrepantium conflictu” uit 1653 verwijs ik naar Kollewijn 1937, p. 52-70.

¹¹¹ Zie Kollewijn 1937, p. 83 en Edwards 2007, p. 50.

met Paulus Voet een aanvang zou hebben genomen¹¹² – hoewel de ideeën van de beide Voeten en Huber diametraal tegenover elkaar stonden.¹¹³

2.3.7.1 *Hubers conflictenrecht in een notendop*

Huber heeft zijn gedachten over het conflictenrecht voor het eerst op schrift gesteld in zijn “Beginnelsen der Rechtskunde gebruikelijk in Frieslandt” en in zijn tweede druk van “De jure Civitatis”¹¹⁴. Beide werken verschenen in 1684 en de daarin opgenomen uiteenzettingen over het conflictenrecht zijn in hoofdzaak gelijk.¹¹⁵ Huber heeft de tekst uit “Beginnelsen der Rechtskunde gebruikelijk in Frieslandt” later bijna ongewijzigd overgenomen in zijn “Heedensdaegse rechtsgeleertheit, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk”,¹¹⁶ dat in 1686 het levenslicht zag. Hubers bekendste werk is evenwel zijn “Praelectiones Juris Romanis et Hodierani” uit 1689, dat veelvuldig is aangehaald in de Anglo-Amerikaanse literatuur en rechtspraak.¹¹⁷ Bij mijn onderzoek heb ik mij hoofdzakelijk gebaseerd op de eerste druk van Hubers “Heedensdaegse rechtsgeleertheit”.¹¹⁸

In het algemeen wordt aangenomen dat Huber in zijn werken geen onderscheid maakte tussen *statuta realia*, *mixta* en *personalia*, maar met die onderscheiding wilde breken.¹¹⁹ Bij hem lag de nadruk op de persoon. Zo was Huber van mening dat de wet in beginsel iedereen bindt die op het

¹¹² Kollewijn 1937, p. 83.

¹¹³ Hetgeen niet altijd is opgemerkt. Zo stelt Spickhoff bijvoorbeeld dat Johannes Voet voortborduurde op de *comitas*gedachte van Huber (Spickhoff, p. 34), terwijl Johannes Voet in werkelijkheid voortbouwde op het werk van zijn vader. Paul stelde op zijn beurt dat Huber “*drew heavily from the Voets*” (Paul 1991, p. 15), hetgeen evenmin juist is. Bovendien is het conflictenrechtelijke werk van Johannes Voet dat is vervat in zijn “*Commentarius ad Pandectas*” pas verschenen in 1698, oftewel vier jaar na het overlijden van Huber, zij het dat Huber naar alle waarschijnlijkheid wel kennis had genomen van het werk van Paulus Voet en dat diens gedachten hem mogelijk hebben geprikkeld tot een verdediging van het volkerenrechtelijke karakter van het internationaal privaatrecht, aldus Kollewijn 1937, p. 132.

¹¹⁴ De volledige titel is: “*De jure Civitatis libri tres: novam juris publici universalis disciplinam continentes: insertis aliquot de jure sacrorum & Ecclesiae, capitibus*”.

¹¹⁵ Zie hierover ook Irmer, p. 114 en Kollewijn 1937, p. 131.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ Een Engelse vertaling van het relevante hoofdstuk uit laatstgenoemd werk dat als titel draagt “*De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*” kan onder meer worden gevonden als appendix bij een artikel van Lorenzen uit 1919 dat als titel heeft: “*Huber’s De Conflictu Legum*”. Deze bijdrage kan worden geraadpleegd via http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5566&context=fss_papers.

¹¹⁸ Zie over de werken van Huber ook Ten Wolde 2016-I.

¹¹⁹ Aldus onder meer Kusters 1917, p. 36, Kollewijn 1937, p. 132, Yntema 1963-I, p. 479-480 en Juenger 2005, p. 20.

territoir van de wetgever vertoeft. Dat liet evenwel onverlet dat er “*personale qualiteiten*” konden worden bepaald door het recht van het “*Vaderlandt*”. Dat betekende tegelijkertijd echter niet dat:

“al wat yemant in seeckere qualiteit vermag of verboden is te doen in sijn Vaderlandt, hem het selve recht soude moeten geworden in alle plaetsen, maer [...], dat elk in sijn qualiteit, die hy in 't Vaderlandt heeft; overal wordt gekent ende geniet op alle plaetsen het recht, dat Lieden van die qualiteit aldaer genieten en onderworpen zijn.”¹²⁰

Elke staat kon dus voor zichzelf bepalen wat een persoon wel en niet mocht doen op zijn grondgebied. Zo kon het bijvoorbeeld gebeuren dat personen die in Friesland niet konden trouwen of testeren dat ergens anders wel konden. Derhalve verwierp Huber de idee van de oudere statisten dat als iemand iets niet kon doen in zijn eigen land hij dat nergens kon doen:

“Eenige willen, dat het gene yemant wegens *personale qualiteit* niet kan doen in sijn Vaderlandt, hy nergens kan doen, ook niet plaetse, daar 't wel geoorlooft is aen sulke Personen; maer dat soude te grooten ongerief zijn, indien men zich ten aanzien van lieden onder handelende soo verre naer ander Lands recht soude moeten richten.”¹²¹

Elke staat kon verder zelf bepalen aan welke vereisten moest worden voldaan voor en welke rechtsgevolgen in het leven werden geroepen door bepaalde rechtshandelingen en akten die op zijn grondgebied werden verricht en gesloten. Tevens bezat elke wetgever een uitsluitende macht ten aanzien van rechten met betrekking tot onroerende goederen op zijn territoir, “om dat de vaste goederen een lichamelijk gedeelte van yder Landt of Stadt maken, waer op de wetten van een ander Landt of Stadt niet kunnen hechten of toegepast worden”.¹²² Voor het proces en de executie gold tenslotte dat zij werden beheerst door de *lex fori processus* respectievelijk de *lex loci executionis*.¹²³ In paragraaf 2.3.7.3(a) kom ik hier nog op terug.

¹²⁰ Huber, p. 18.

¹²¹ Huber, p. 18-19.

¹²² Huber, p. 19. Zie voor de vormvereisten die in acht moeten worden genomen punt 47 op dezelfde pagina.

¹²³ Huber, p. 16.

2.3.7.2 *Het conflictenrecht van Johannes Voet in het kort*

Anders dan Huber, maar net als zijn vader,¹²⁴ onderscheidde Johannes Voet¹²⁵ in zijn werk “*Commentarius ad Pandectas*” uit 1698 wel zakelijke, gemengde en persoonlijke statuten: “*Nobilissima statutorum divisio est, quia alia personalia sunt, alia realia, alia mixta.*”¹²⁶ Vervolgens ging hij er in de volgende paragrafen toe over om de verschillende klassen van statuten te omschrijven. Daarover kon dan geen misverstand meer bestaan. Daarbij legde Johannes Voet, zijn vader volgend, sterk de nadruk op de bedoeling van de wetgever.¹²⁷ Personele statuten waren regels die de persoon als onderwerp hadden.¹²⁸ Bij reële statuten ging het om regels die het goed als onderwerp hadden.¹²⁹ Als voorbeelden van reële statuten noemde Johannes Voet onder meer het schenkingsverbod tussen echtgenoten en het mogelijke verbod om bij schenking over goederen te beschikken. Bij gemengde statuten ging het vervolgens om regels die kort gezegd zagen op de vorm van de handelingen die door personen moesten worden verricht,¹³⁰ ongeacht of die handelingen betrekking hadden op roerende of onroerende goederen.¹³¹

Waar de klassieke Italiaanse en Franse statutisten nog meenden dat de reikwijdte en het toepassingsgebied van de regel volgde uit de regel zelf, afhankelijk van de klasse waartoe de regel behoorde, betoogde Johannes Voet in navolging van zijn vader¹³² dat geen enkel statuut (hetzij personeel, reëel of gemengd) buiten de grenzen van de staat waar het was vastgesteld op eigen gezag enig effect kon sorteren.¹³³

¹²⁴ Zie Edwards 2007, p. 83.

¹²⁵ De vader wordt vaak beschouwd als de baanbreker en de zoon als de volgeling. Laatstgenoemde was echter wel systematischer, aldus ook Kollewijn 1937, p. 109, Gutzwiller 1977, p. 141 en Ten Wolde 2016-II. Omdat de zoon ook de meeste bekendheid geniet heb ik er voor gekozen om hoofdzakelijk zijn werk te bespreken. Zie ten aanzien van het werk van de vader uitgebreid Kollewijn 1937, p. 78-98, Edwards 2007 en Ten Wolde 2016-II.

¹²⁶ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 2 (Voet transl, p. 98). Volgens Josephus Jitta verbond Johannes Voet aan die onderscheiding evenwel geen rechtsgevolgen, reden waarom laatstgenoemde volgens Josephus Jitta een tegenstander zou zijn geweest van de statutenleer (Josephus Jitta 1913, p. 17).

¹²⁷ Kollewijn 1937, p. 110.

¹²⁸ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 2. (Voet transl, p. 98-99).

¹²⁹ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 3 (Voet transl, p. 99).

¹³⁰ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 4 (Voet transl, p. 99-100).

¹³¹ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 13 (Voet transl, p. 112).

¹³² Paulus Voet, p. 138: “*Quia nullum statutum, sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituitur, sese extendit ultra statuentis territorium*”. Zie voor een Engelse vertaling Edwards 2007, p. 91.

¹³³ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 5 (Voet transl, p. 100).

Reële statuten werden vanuit voornoemde territorialiteitsgedachte beheerst door het territorialiteitsbeginsel. Zo was het onroerend goed met uitsluiting van vreemd recht onderworpen aan het recht van het land waarin het was gelegen.¹³⁴ Datzelfde zou bij wijze van uitgangspunt ook gelden voor roerende goederen.¹³⁵ In beginsel konden roerende noch onroerende goederen derhalve worden gebonden door de wetten van andere staten.¹³⁶ Een rechtsgevolg ter zake van een goed kon zodoende in beginsel alleen in het leven worden geroepen met inachtneming van de *lex situs*.¹³⁷ De wet der ligging van het goed dat door wilsverklaring werd getroffen zou derhalve beslissend moeten zijn.¹³⁸

Bij elke handeling moesten bovendien die formaliteiten worden vervuld die werden voorgeschreven door het recht van de plaats waar die handeling werd verricht.¹³⁹ Zodoende gold voor gemengde statuten ook het territorialiteitsbeginsel.

Ten aanzien van reële en gemengde statuten konden met de nodige voorbehouden en uitzonderingen op grond van de *comitas*, waarover later meer, echter wel een aantal algemene conflictregels worden geformuleerd die voorgaande uitgangspunten doorbraken.¹⁴⁰ Wat dat betreft kan worden gedacht aan de *mobilia sequuntur personam* regel met betrekking tot bijvoorbeeld testamentaire regelingen, erfopvolging en donaties,¹⁴¹ en de *locus regit actum* regel.¹⁴² Staten mochten namelijk worden geacht deze regels te hebben aanvaard, voor zover zij tenminste niet uitdrukkelijk blijk hadden gegeven van het tegendeel.

Voor wat betreft de personele statuten ging Johannes Voet uit van het woonplaatsbeginsel. Zo werd bijvoorbeeld de vraag of een vrouw en een minderjarige zonder toestemming van de man respectievelijk de voogd een contract konden sluiten beheerst door het recht van hun woonplaats.¹⁴³ Verder brak Johannes Voet net als zijn vader zonder meer met de klassieke statutisten. Hij was namelijk van mening dat de (gevolgen

¹³⁴ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 6 (Voet transl, p. 100-101).

¹³⁵ Roerende goederen werden volgens Johannes Voet in beginsel derhalve niet beheerst door het woonplaatsbeginsel zoals bijvoorbeeld nog wel het geval was geweest bij d'Argentré. Vergelijk wat dat betreft paragraaf 2.3.3.

¹³⁶ Zie ook Kollwijn 1937, p. 112-113.

¹³⁷ Suijling, p. 115.

¹³⁸ Suijling, p. 116.

¹³⁹ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 10 (Voet transl, p. 108-109).

¹⁴⁰ Enzo Kollwijn 1937, p. 118.

¹⁴¹ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 12 (Voet transl, p. 111).

¹⁴² Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 13 (Voet transl, p. 112).

¹⁴³ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 2 (Voet transl., p. 99).

van de) personele statuten de persoon niet konden volgen.¹⁴⁴ Het recht van de woonplaats kon derhalve niets zeggen over de hoedanigheid en capaciteit van de persoon als hij in het buitenland was. Net als de reële en gemengde statuten zouden de personele statuten namelijk beperkt zijn tot het grondgebied van de wetgever die ze had uitgevaardigd. In tegenstelling tot de *statuta realia* en *mixta* liet het effect der *statuta personalia* zich ook niet onder algemene regels brengen en was hun reikwijdte en toepassingsgebied evenmin af te leiden uit universele beginselen die overal zouden zijn geaccepteerd.¹⁴⁵ Daarom achtte Johannes Voet het beter om kwesties die het personeel statuut betroffen telkens bij ieder rechtsinstituut afzonderlijk te regelen voor zover de wetgever de bedoeling zou hebben om (de gevolgen van) vreemde personele statuten te erkennen.¹⁴⁶

Interessant is tot slot dat Johannes Voet de vraag opwierp in hoeverre privépersonen contractueel mochten afwijken van de wet. Dat mocht niet wanneer daarmee gehandeld werd in strijd met bepalingen die de *publica utilitas* (het algemeen belang) en de *publica honestas* (de goede zeden) beschermden. Verder mocht dat evenmin als daarmee gehandeld zou worden in strijd met verbiedende regels die waren geschreven in het belang van de persoon. In die gevallen had een handeling die was verricht in het buitenland volgens Johannes Voet sowieso geen enkele rechtskracht.¹⁴⁷ Daarmee zou Johannes Voet één van de eersten zijn geweest die het concept van de openbare orde in dit opzicht uitwerkte.¹⁴⁸

2.3.7.3 *De grondslag van het conflictenrecht bij de Nederlandse rechtsgeleerden*

Hoewel de praktische uitwerking van de ideeën van vader en zoon Voet alsmede Huber zeer interessant is, ligt de toegevoegde waarde van hun ideeën voor de rechtswetenschap en de ontwikkeling van het internationaal privaatrecht vooral in de meer dogmatische, wetenschappelijke en rechtsfilosofische insteek die zij kozen bij hun zoektocht naar de grondslag voor het conflictenrecht.¹⁴⁹ Zo waren zij van mening dat de Italiaanse en Franse rechtsgeleerden de theoretische kant van het conflictenrecht hadden veronachtzaamd. De Italianen en de Fransen waren volgens hen

¹⁴⁴ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 7 (Voet transl, p. 101-103).

¹⁴⁵ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 16 (Voet transl, p. 115).

¹⁴⁶ Kollewijn 1937, p. 118.

¹⁴⁷ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 18 (Voet transl, p. 116-117).

¹⁴⁸ Aldus Gutzwiller 1977, p. 147.

¹⁴⁹ Enzo Scholten, p. 12-13.

namelijk in gebreke gebleven een overtuigend antwoord te formuleren op de vraag waarom staten inmenging moesten dulden op hun soevereiniteit.

De Italiaanse en Franse rechtsgeleerden hoefden hun hoofd daarover echter niet te breken. Zij hadden namelijk aangenomen dat vreemde wetten konden worden toegepast krachtens de wil van de soeverein die de toepassing van vreemde rechtsregels binnen zijn territorium duldde met het oog op de werking die aan de wet gezien zijn onderwerp kon worden toegekend.¹⁵⁰ Oftewel, uit de aard van de wetten konden beginselen of regels omtrent diens ruimtelijke gelding worden afgeleid, die overal aanvaard en gevolgd werden, anders zou men de gerechtigheid tekort doen.¹⁵¹ Verder wordt ook wel verdedigd dat de grondslag van het conflictenrecht voor de Italiaanse rechtsgeleerden irrelevant was, omdat hun keuze tussen verschillende statuten was ingegeven door het *Corpus Iuris Civilis*, dat werd beschouwd als een soort van supranationale bron van recht.¹⁵² Bovendien wordt wel eens betoogd dat de Fransen niet geïnteresseerd zouden zijn geweest in de grondslagen van het conflictenrecht, omdat de toepassing van vreemd recht voor hen een logisch gevolg zou zijn geweest van de impliciete beperkingen van de reikwijdte van de *lex fori*.¹⁵³

De beide Voeten en Huber hadden daarentegen moeite met het onderscheid dat de Italianen en Fransen maakten tussen de territoriale werking en de universele werking van de *statuta realia* en de *statuta mixta* respectievelijk de *statuta personalia*.¹⁵⁴ Hugo de Groot had hun immers geleerd dat de wetten van de staat verbindend zijn voor alle onderdanen uit hoofde van een stilzwijgende overeenkomst waarop het staatswezen berust, terwijl de vreemdelingen die op het territorium van de staat verbleven ook door die wetten werden beheerst vanwege de soevereiniteit die alles en allen binnen de staatsgrenzen aan zich onderwerpt.¹⁵⁵ Geen staat was derhalve gehouden om op een vreemdeling diens nationale recht toe te passen.¹⁵⁶ In algemene zin betoogden de beide Voeten en Huber dan ook dat het maken en uitvaardigen van wetgeving tot de soevereine bevoegdheden van een staat behoort. Omdat alle staten soeverein waren, reikte het gezag van een staat derhalve niet verder dan de staatsgrenzen.

¹⁵⁰ Kusters 1908, p. 14.

¹⁵¹ Kollewijn 1946, p. 166.

¹⁵² Zie Van Brakel 1953, p. 20 en Juenger 2005, p. 19-20.

¹⁵³ Juenger 2005, p. 20.

¹⁵⁴ Scholten p. 12-14.

¹⁵⁵ De Groot, Prol. 15, Lib. I, Cap. I, XIII-XIV. Zie ook Kusters 1917, p. 10.

¹⁵⁶ Kollewijn 1917, p. 4.

Logischerwijze kon in theorie dus geen enkele rechtsregel extraterritoriale werking hebben.¹⁵⁷ Dat betekende dat wetten en dier rechtsgevolgen in beginsel alleen konden gelden op het grondgebied van de staat die ze had gemaakt en uitgevaardigd. De praktijk was evenwel anders. Huber en de beide Voeten accepteerden dat, mede omdat het belang van de Republiek als zeevarende en handeldrijvende mogendheid bij een vrij en onbelemmerd internationaal rechts- en handelsverkeer inmiddels te groot was geworden.¹⁵⁸ Aldus zochten zij een grondslag om als het ware onder een strikte toepassing van hun eigen soevereiniteitsdenken uit te komen – als gevolg waarvan de leer van de Hollandse school een zekere tegenstrijdigheid bevatte¹⁵⁹ – maar waardoor het soevereiniteitsprincipe wel zou kunnen worden gecombineerd met de behoeften van het rechtsverkeer. Deze grondslag vonden zowel Huber als vader en zoon Voet vervolgens niet in de rechtsregel zelf, maar in iets bovenstatelijks: de *comitas*.¹⁶⁰ Een begrip dat men reeds tegenkwam in de digesten.¹⁶¹ Het was Paulus Voet die voornoemde term in dit verband voor het eerst gebruikte in zijn “De Statutis Eorumque Concursu Liber Singularis”.¹⁶² In de inhoudsopgave van hoofdstuk IV verwoordde hij het aldus: “*Statutum loci extra territorium, ex comitate & equitate saepe servatur*”.¹⁶³ In de tekst werkte Paulus Voet dat vervolgens als volgt uit:

“Denique nonnunquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, & ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspecto effectu, solent egredi.”¹⁶⁴

Volgens Paulus Voet duldden staten de werking en geldigheid van vreemd recht binnen hun grenzen dus *ex comitate*, oftewel uit welwillendheid.¹⁶⁵ Ook Huber en Johannes Voet hanteerden dat begrip, ofschoon Huber dat begrip geheel anders zou inkleuren dan vader en zoon Voet. Om dat onderscheid tot uitdrukking te brengen zou men wellicht beter niet kunnen spreken van een Hollandse school, maar van een Nederlandse school en haar onderverdelen in een Friese leer en een Hol-

¹⁵⁷ Zie ook Van Apeldoorn 1955, p. 232-233.

¹⁵⁸ Strikwerda 1987, p. 58.

¹⁵⁹ Evenzo Josephus Jitta 1913, p. 19.

¹⁶⁰ Overigens is de *comitas* ook in de 20e eeuw nog verdedigd als grondslag voor het internationaal privaatrecht. Zie wat dat betreft bijvoorbeeld Irmer, p. 111-112 en Scholten, p. 163.

¹⁶¹ Irmer, p. 2.

¹⁶² Kollewijn 1937, p. 83 en De Boer 2010, p. 186.

¹⁶³ Paulus Voet, p. 129 (Edwards 2007, p. 73).

¹⁶⁴ Paulus Voet, p. 143 (Edwards 2007, p. 101).

¹⁶⁵ Zie hierover Kollewijn 1937, p. 83.

landse leer.¹⁶⁶ De Friese leer staat dan voor de gedachten van Huber, terwijl de Hollandse leer staat voor de gedachten van de Voeten. De zienswijzen van Huber en de Voeten komen hierna nader aan bod.

2.3.7.3(a) *De comitas van Huber*

Huber heeft de grondslagen van het conflictenrecht in drie grondregels ofwel axioma's samengevat. In de eerste plaats stelde hij dat:

“de wetten van yder vry Landschap kracht moeten hebben binnen de palen des selven Lands, ende verbinden alle de Onderdanen des selfs, sonder wijders.”¹⁶⁷

In tweede plaats betoogde Huber dat:

“voor onderdanen moeten worden gehouden alle Persoonen die in dat Landschap worden bevonden, soo lange sy hun aldaer onthouden, het sy voor een tyt ofte voor altoos.”¹⁶⁸

Uit voorgaande axioma's blijkt duidelijk Hubers territoriale gedachtegoed. Volgens Huber werden beide stellingen ook algemeen als juist aanvaard. Zij brachten namelijk waarheden tot uitdrukking, die ook reeds bij de Romeinen bekend waren, “*ofschoon de rechtspleging in het Romeinse rijk, met geen verscheidenheyt van Ordonnantien ende gewoonten wierde belemmert.*” Kollewijn stelde daarover dat dit opvallende beroep op het Romeinse recht niemand in de waan zal hebben gebracht dat Huber zijn grondregels aan het *Corpus Iuris Civilis* en niet aan de rechtsopvattingen van zijn eigen tijd zou hebben ontleend, maar het toont tegelijkertijd aan dat ook voor Huber de schijn van Romeinsrechtelijke steun nog welkom was.¹⁶⁹ Na de eerste twee grondregels formuleerde Huber vervolgens zijn derde grondregel, waarin ook zijn *comitas*leer besloten ligt:¹⁷⁰

“De Hooge machten van yder Landt bieden elckander de handt, ten einde de Rechten van yder op elk syn onderdanen,

¹⁶⁶ Zie ook Yntema 1963-I, p. 480, waar hij spreekt van een “*doctrine frisonne*” en een “*doctrine hollandaise*”. Vergelijk tegelijkertijd Josephus Jitta 1913, p. 14-19, die ook spreekt van een Nederlandse school, maar die de Nederlandse rechtsgeleerden onderverdeelt in Zuid- en Noord-Nederlandse rechtsgeleerden. Hij rekende Johannes Voet en Huber vervolgens beiden tot de Noord-Nederlandse rechtsgeleerden.

¹⁶⁷ Huber, p. 13.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ Kollewijn 1937, p. 140-141.

¹⁷⁰ Zie ook Kollewijn 1937, p. 142, alsmede De Boer 2010, p. 187 en Strikwerda 2015-I, p. 18.

schoon elders zijnde, soo verre gelden, als het niet is strijdig met de Macht of het Recht des anderen in syn bedryf.”¹⁷¹

De door de *comitas*gedachte voorgeschreven uitzondering op het beginsel van de soevereiniteit construeerde Huber aldus met behulp van het begrip “onderdaan”,¹⁷² welk begrip bij hem een specifieke betekenis heeft en dat moet worden uitgelegd in het licht van de tweede grondregel: een onderdaan is iemand die zich op het grondgebied van die staat bevindt “*soo lange sy hun aldaer onthouden, het sy voor een tyt ofte voor altoos*”. Ver- trok die persoon, dan werd hij vervolgens onderdaan van een andere staat. Was de wet van eerstgenoemde staat evenwel op hem toegepast, dan bleef deze persoon, ook in het buitenland, onderdaan van de eerste staat voor de (gevolgen van) toepassing van die wetgeving.¹⁷³ Maar daar mogen we niet stoppen, want de vraag moet nog worden beantwoord waarom een staat “*de Rechten van yder op elk syn onderdanen, schoon elders zijnde*” diende te erkennen. Daarvoor is onmisbaar hetgeen Huber stelde direct na de derde grondregel:

“Waer uit dan blijkt, dat het oordeel van dese zaak is een ge- deelte van het Volkeren, ende niet eigenlijk van het burgerlijke recht, alsoo het niet steunt op ‘t welbehagen der Opper machten van yder Landt afzonderlijk, maer op ‘t onderling gerief ende stilzwijgende overeenkomste der Hooge Machten met elkande- ren.”¹⁷⁴

Uit deze passage kan mijns inziens worden afgeleid dat de *comitas* van Huber niet beperkt is tot grootmoedigheid, gunstbetoon of willekeur der afzonderlijke staten, maar dat zij een rechtsplicht behelst die steunt op het “*onderlig gerief*” en die volgt uit een stilzwijgende overeenkomst tus- sen staten.¹⁷⁵ Uit hoofde van het volkerenrecht¹⁷⁶ – dat het recht der men-

¹⁷¹ Huber, p. 13.

¹⁷² Strikwerda 2002, p. 182.

¹⁷³ Kollwijn 1937, p. 146, Strikwerda 1987, p. 61 en Strikwerda 2002, p. 82.

¹⁷⁴ Huber, p. 13.

¹⁷⁵ Zie ook Kollwijn 1937, p. 145, Scholten, p. 68, Sauveplanne 1962, p. 7, Strikwerda 1987, p. 59, Edwards 2007, p. 400 en De Boer 2010, p. 188. Vergelijk evenwel Josephus Jitta 1913, p. 18 en Irmer, p. 5-6, die menen dat Huber geen rechtsplicht op staten legde om elders verkregen rechten te erkennen.

¹⁷⁶ De wet der volkeren “*wort genaemt, die door waerneming van’t geheele menschelijke geslacht ofte het beste deel des selfs, macht van verbintnisse ontfangen heeft. Hier toe behoort het recht des oorlogs, Recht van’t gemeene-best, eygendom van goederen, en meest alle verbintenissen, en overeenkomsten, (ofte contracten) als mede het recht van het Houwelijk, van de uytterste willen, en diergelijke meer.*” De burgerlijke wet is, “*die haeren naesten oorspronk heeft uyt de wille van de Hooge-macht, eens vryen volk*”, aldus Huber, p. 6. Bezie men voorgaande definities in onderlinge samenhang dan zou kunnen worden gesteld dat Huber een volkerenrecht of een

selijke gemeenschap, althans van vele volkeren besloeg, dat zijn bindende kracht ontleende aan het menselijke geslacht¹⁷⁷ – moest het recht dat op de persoon van toepassing was in beginsel overal worden gerespecteerd en verkregen rechten moesten in gelijke mate worden erkend. Dit uitgangspunt leed evenwel uitzondering als voornoemd rechtsgevolg strijdig was met de *“Macht of het Recht des anders in zijn bedrijf”*, zodat moet worden geconcludeerd dat er van een absolute rechtsplicht om elders verkregen rechten te erkennen bij Huber geen sprake was. Het voorgaande werkte Huber vervolgens verder uit aan de hand van een aantal voorbeelden. In het vervolg van het derde hoofdstuk van zijn *“Heedensdaegse rechtsgeleertheit”*, dat als titel draagt *“Van ’t gebruik der Friesche rechten in andere landen, en die van andere landen in Frieslandt”* lezen wij bijvoorbeeld dat de *“Personele qualiteiten”*, die op iemand *“na recht van seeckere plaetsen zijn gevestigd, over al worden omgedragen, ende by alle rechters worden erkent ende de lieden daer nae getraceert”*.¹⁷⁸ Werd iemand aldus ergens volwassen verklaard, dan moest hij overal als volwassen worden beschouwd. Verder mogen wij lezen dat *“alle handelingen ende Akten voor Recht of buiten Recht onder levende of by versterft, overeenkomende met het Recht der plaetse daar sy gemaakt zijn, overal kracht hebben, ende in tegendeel, als sy daar niet deugen, dat sy dan nergens goetd zijn”*.¹⁷⁹ Ten aanzien van onroerende goederen gold vervolgens dat de rechten ten aanzien van die goederen ook in andere landen moesten worden erkend.¹⁸⁰ Derhalve kan worden betoogd dat het rechtsgevolg naar de toepasselijke wet ontstaan overal moest worden geëerbiedigd.¹⁸¹ Met zijn leer van de verkregen rechten heeft Huber aldus het onverenigbare verenigd:

“het beginsel van de territoriale werking van wetgeving blijft niet alleen ongeschonden, maar biedt ook de grondslag voor de

ius gentium verdedigde dat het midden houdt tussen het *ius gentium* van de Romeinen en het *ius gentium* van De Groot. Vergelijk ook Kollwijn 1937, p. 134-138, waar hij uiteenzet wat zijns inziens precies onder het volkerenrecht van Huber moet worden verstaan en wat dat meebrengt voor de grondslag van het conflictenrecht van Huber.

¹⁷⁷ Van Apeldoorn 1955, p. 233.

¹⁷⁸ Huber, p. 17. Deze regel zou misbruik in de hand kunnen werken door tijdelijk ergens ander te verblijven, maar dat had Huber voorzien. Wanneer men bedoeld heeft om een wet van een land *“te onderkruipen”* en tot *“onnut-makinge”* zouden de gevestigde rechten elders niet worden erkend, aldus Huber, p. 17 en p. 18.

¹⁷⁹ Huber, p. 13. Ofschoon Huber een op de partijwil gebaseerde uitzondering op de *lex loci contractus* toeliet ten gunste van de *lex loci solutionis*, was een contract dat nietig was naar de *lex loci contractus* overal nietig, aldus ook Kollwijn 1937, p. 149-150 en Strikwerda 1987, p. 66-68. Vergelijk evenwel Suijling, p. 106 e.v., die verdedigde dat de geldigheid van het contract wel gered kon worden door een keuze van partijen voor de *lex loci solutionis*.

¹⁸⁰ Huber, p. 19.

¹⁸¹ Zie ook Suijling, p. 112-113.

door de *comitas* voorgeschreven wederkerige erkenning door de staten van elkaars wetgevende bevoegdheden.”¹⁸²

De voorbeelden die Huber gaf in zijn “Heedensdaegse rechtsgeleertheit” om zijn zienswijzen te verduidelijken hielden, op één uitzondering na,¹⁸³ verband met interfederale kwesties, in die zin dat er bij die voorbeelden steeds andere gewesten van de Republiek betrokken waren. Vandaag de dag wordt Hubers leer, voornamelijk met een verwijzing naar zijn “Praellectiones”, in een breder perspectief geplaatst en wordt wel gesteld dat staten uit hoofde van Hubers leer door impliciete toestemming gebonden zouden zijn om in principe elkaars wetten toe te passen als het voorliggende geval daarom zou vragen.¹⁸⁴ Het conflictenrecht, dat onderdeel uitmaakt van het *ius gentium*, zou aldus een rechtsplicht opleggen aan de afzonderlijke staten om vreemd recht toe te passen.¹⁸⁵ Daarvan zou de internationale gemeenschap profiteren.¹⁸⁶ Ook uit de “Praellectiones” blijkt evenwel dat Huber niet zozeer de toepassing van vreemd recht als wel de erkenning van onder het vreemde recht verkregen rechten verdedigde.¹⁸⁷ Dat volgt treffend uit de derde grondregel zoals die geschreven staat in de “Praellectiones”:

“Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur.”

2.3.7.3(b) *De comitas van de Voeten*

Volgens vader en zoon Voet bestond er geen volkenrechtelijke maar wel een morele plicht om vreemd recht toe te passen.¹⁸⁸ Toepassing van vreemd recht geschiedde dus niet omdat de ene staat daartoe tegenover de andere staat verplicht zou zijn. Staten zouden enkel uit eigen belang en streven naar wederzijds voordeel bereid zijn om afstand te doen van hun prerogatief om vreemd recht buiten de deur te houden.¹⁸⁹ De toepas-

¹⁸² Strikwerda 1987, p. 61.

¹⁸³ Zo gaf Huber ook het voorbeeld van inwoners van Friesland die naar Oost-Friesland trokken om daar in het huwelijk te treden wanneer dat in Friesland niet mogelijk was. Dat huwelijk zou aldaar vervolgens niet hoeven te worden erkend als men tot doel had gehad om het recht van Friesland te omzeilen, aldus Huber, p. 17. Zie ook noot 178.

¹⁸⁴ Aldus bijvoorbeeld De Nova 1966, p. 450.

¹⁸⁵ Zie Watson 1992, p. 8-9.

¹⁸⁶ De Nova 1966, p. 450.

¹⁸⁷ In gelijke zin De Boer 2010, p. 188.

¹⁸⁸ Zie ook Kolléwijn 1937, p. 114 en De Boer 2010, p. 186-187.

¹⁸⁹ Aldus vrij geïnterpreteerd naar Johannes Voet, Comm. L. IB I. Tit. IV, pars II, no. 12 (Voet

sing van het vreemde recht is derhalve een daad van internationale welwillendheid van de ene staat jegens de andere staat. Geen enkele vreemde staat kon dus een recht doen gelden op hetgeen men *ex comitate* toestond.¹⁹⁰ Maar daar stopten vader noch zoon Voet. Zij hebben de vrijheid van staten om vreemd recht wel of niet toe te passen namelijk willen combineren met de gebondenheid van overheidsrechters aan regels die gevallen aanwijzen waarin die rechters vreemd recht moeten toepassen. Die regels konden volgens Johannes Voet van de staat alleen zijn uitgegaan, of door hem zijn erkend, dan wel door hem met andere staten zijn overeengekomen of voortvloeiën uit een gewoonte die behoort te worden nagekomen als een verdragsverplichting,¹⁹¹ terwijl Paulus Voet meende dat zij naast de internationale gewoonte ook konden voortspruiten uit de eisen der billijkheid.¹⁹²

Geheel in lijn met hun eigen zienswijze aanvaardden vader en zoon Voet dan ook dat de ene staat een regel die de toepassing van vreemd recht meebrengt *ex comitate* kan aanvaarden, terwijl een andere staat dat niet doet, mits die staat zich daartoe tenminste niet verplicht had bij verdrag of op grond van een gewoonte die behoort te worden nagekomen als een verdragsverplichting. Had een staat zich daartoe wel verplicht of was anderszins eenmaal een conflictregel vastgesteld of aanvaard, dan was de toepassing van het vreemde recht niet meer afhankelijk van de welwillendheid of de onberekenbare vriendelijkheid van de rechter.¹⁹³ De rechter was in die gevallen namelijk verplicht om de aanvaarde conflictregels te volgen en het toepasselijk geachte vreemde recht te hanteren.

2.3.7.4 De doorwerking van de Hollandse en de Friese leer

De soevereiniteitsgedachte die in de 17^e eeuw bij de Hollanders opkwam en die door vader en zoon Voet was gepropageerd heeft tot ver in de negentiende eeuw navolging gevonden in het internationaal privaatrecht.¹⁹⁴ Daarentegen wordt in het algemeen gesteld dat de zienswijze van Huber op zijn beurt grote invloed heeft gehad op het internationaal privaatrecht in het Anglo-Amerikaanse recht.¹⁹⁵ Zo komen Hubers ge-

transl, p. 111).

¹⁹⁰ Kollewijn 1937, p. 114.

¹⁹¹ Johannes Voet, Comm. L IB I. Tit. IV, pars II, no. 17 (Voet transl, p. 115-116).

¹⁹² Zie hierover Kollewijn 1937, p. 83-84.

¹⁹³ Evenzo Kollewijn 1937, p. 83-84 (Paulus Voet) en p. 114 (Johannes Voet).

¹⁹⁴ Zie over de soevereiniteitsgedachte in de moderne tijd bijvoorbeeld Pontier 2005, p. 7 en De Boer in punt 3 van zijn noot onder HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 456, m.nt. De Boer (*Yukos Finance/Rebgun*).

¹⁹⁵ Zie daarover Lorenzen, p. 136, Irmer, p. 2, Kollewijn 1961, p. 7, Strikwerda 1987, p. 55

dachten tot uiting in de Engelse en Amerikaanse rechtspraak sinds de tweede helft van de 18^e eeuw¹⁹⁶ en zou Huber van alle Europese rechtsgeleerden het meest zijn geciteerd in de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur.¹⁹⁷ Hubers werk zou dan ook een grotere invloed hebben gehad dan enig ander werk op de ontwikkeling van het internationaal privaatrecht in Engeland en Amerika.¹⁹⁸

2.4 Een zijstap: het conflictenrecht in Engeland en de Verenigde Staten

2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf ga ik weg van het Europese continent en ga ik in op de ontwikkeling van het internationaal privaatrecht in Engeland en de Verenigde Staten. In dat verband onderzoek ik meer in het bijzonder wat de invloed is geweest van het soevereiniteitsdenken van de Nederlandse rechtsgeleerden op het conflictenrecht van voornoemde landen. Oftewel, werd vreemd recht toegepast uit welwillendheid of rechtsplicht?

2.4.2 De ontwikkeling van het conflictenrecht in Engeland

Engeland heeft wat het internationaal privaatrecht betreft een andere ontwikkeling doorgemaakt dan Italië, Frankrijk en de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden. In tegenstelling tot die landen kende men in Engeland namelijk geen interne wetsconflicten, aangezien men daar reeds vroeg een gecentraliseerd rechtssysteem kende,¹⁹⁹ waardoor overal dezelfde rechtsregels goldens.²⁰⁰

Ofschoon Engelse onderdanen naar het buitenland reisden, zij daar overeenkomsten sloten, zij daar roerende en onroerende goederen kochten en daar werden geconfronteerd met onrechtmatige handelingen, deed men in Engeland aanvankelijk ook beduidend minder externe wetsconflicten af dan in voornoemde landen. Zo konden geschillen met internationale

alsook De Boer 2010, p. 189. Juenger 2005 (p. 21) stelt dat Huber “*heralded the demise of statist theory, anchored the discipline in international law, emphasized decisional harmony, anticipated the vested rights doctrine and introduced the public order reservation.*”.

¹⁹⁶ Zie bijvoorbeeld Story, p. 37-38, met een verwijzing naar jurisprudentie, alsmede Nadelmann, p. 265.

¹⁹⁷ Watson 1992, p. 2.

¹⁹⁸ Juenger 2005, p. 21.

¹⁹⁹ Zie hierover onder meer Donahue, p. 129 e.v.

²⁰⁰ Zie onder meer Hartley 2006, p. 37 en Fawcett & Carruthers, p. 20.

elementen – behalve wanneer commerciële²⁰¹ of admiraliteitsrechtbanken²⁰² bevoegd waren²⁰³ – slechts beperkt worden afgedaan door Engelse rechtbanken op grond van de *common law*,²⁰⁴ aangezien de *juries of vinci-nage*, die over het geschil dienden te oordelen, moesten worden gevormd door personen die woonachtig waren in het gebied waar het betwiste goed zich bevond dan wel waar het litigieuze rechtsfeit of de bewuste rechtshandeling zich had voorgedaan en juries van buitenlandse onderdanen niet konden worden samengesteld.²⁰⁵

Geleidelijk veranderde de rol van juries evenwel van “*investigators and witnesses*” in “*judges of facts*” en in de loop van de 17^e eeuw namen getuigen niet langer deel aan juries.²⁰⁶ Zodoende was het ook niet langer vereist dat juries werden samengesteld uit personen die woonachtig waren in het gebied waar het geschil zich had ontpopt.²⁰⁷ Als gevolg daarvan kon voor de attributie van jurisdictie vervolgens heil worden gezocht in een juridische fictie. Zo werd simpelweg aangenomen dat de buitenlandse plaats waar het betwiste goed zich bevond dan wel waar het litigieuze rechtsfeit of de bewuste rechtshandeling had plaatsgevonden in Engeland lag.²⁰⁸ Met behulp van zo’n fictie konden Engelse gerechten dus bevoegdheid aanvaarden om kennis te nemen van zaken die verband

²⁰¹ Commerciële rechtbanken oordeelden, zoals hun naam al doet vermoeden, over commerciële geschillen. Zij spraken recht met inachtneming van het continentaal Europese recht en de *lex mercatoria*. Begin 17^e eeuw hadden *common law* rechtbanken echter ook de bevoegdheid verworven om recht te spreken over commerciële geschillen. Vanaf dat moment was de rol van de commerciële rechtbanken uitgespeeld (Juenger 2005, p. 23) en heerste de *common law* derhalve ook over commerciële geschillen.

²⁰² Admiraliteitsrechtbanken hadden, kort gezegd, de bevoegdheid om te oordelen over vorderingen die verband hielden met de scheepvaart, inclusief vorderingen over contracten die in het buitenland waren gesloten, vorderingen ten aanzien van verzekeringen, vorderingen tot schadevergoeding, vorderingen tot nakoming, etc., zolang ze maar op enigerlei wijze in verband konden worden gebracht met scheepvaart (Murphy, p. 55). In de admiraliteitsrechtbanken werd eveneens recht gesproken aan de hand van het continentale civiele recht en de *lex mercatoria*. (Murphy, p. 55). Eind 17^e eeuw was echter ook de rol van de admiraliteitsrechtbanken ingeperkt ten faveure van de *common law*. Vanaf dat moment hadden de admiraliteitsrechtbanken alleen nog bevoegdheid over gebeurtenissen die zich hadden voorgedaan op zee (Murphy, p. 57). Voor het overige waren *common law* rechtbanken bevoegd.

²⁰³ Sack 1937, p. 349-356 en Juenger 2005, p. 22.

²⁰⁴ Murphy, p. 37.

²⁰⁵ Sack 1937, p. 345-346, Fawcett & Carruthers, p. 20 en Mills 2009, p. 36.

²⁰⁶ Murphy, p. 56.

²⁰⁷ Murphy, p. 38.

²⁰⁸ Sack 1937, p. 370-371 en Murphy, p. 56.

hielden met buitenlandse gebeurtenissen.²⁰⁹ Dat blijkt bijvoorbeeld uit de volgende uitspraak uit 1625:²¹⁰

“We shall take it that Hamburg is in London in order to maintain the action which otherwise would be outside our jurisdiction. And while in truth we know the date to be at Hamburg beyond the sea, as judges we do not take notice that it is beyond the sea.”²¹¹

Daarnaast kan worden verwezen naar een interessante zaak uit 1774.²¹² In die zaak stelde een partij dat hij onrechtmatig gevangen was gehouden op Minorca, “in London [...] in the parish of St. Mary le Bow, in the ward of Cheap.” De andere partij kon zich kennelijk niet met die fictie verenigen en vocht haar aan. Zeer tot het ongenoegen van Lord Mansfield. Die stelde, dat hij “*was embarrassed a great while to find out whether the counsel [...] really meant to make a question of it*” en dat “*the law has [...] invented a fiction [...] for the furtherance of justice*”, en een “*fiction of law shall never be contradicted.*”

Hoewel Engelse gerechten dankzij zulke ficties nu dus zaken konden afdoen waarvan de oorsprong (geheel) in het buitenland was gelegen, werd bij de afdoening van het geschil in den beginne onverkort vastgehouden aan het Engelse recht,²¹³ maar onder invloed van de gedachte dat geen enkele rechter recht kan doen als hij te allen tijde het bestaan van vreemd recht of in den vreemde verkregen rechten zou ontkennen verdween in de 18^e eeuw langzaam maar zeker de absolute voorkeur voor de toepassing van de *lex fori*.²¹⁴ Bij hun zoektocht naar geschikte conflictregels zochten de Engelse rechters en rechtsgeleerden vervolgens aansluiting bij de zienswijzen van de continentale juristen en dan met name de Nederlandse juristen, die zich al eerder bezig hadden gehouden met het conflictenrecht.²¹⁵ Van groot belang voor de doorbraak van vooral het werk van Huber in het Engelse conflictenrecht is de uitspraak van Lord Mansfield inzake *Robinson v. Bland*²¹⁶ uit 1760,²¹⁷ waar hij onder meer

²⁰⁹ Mills 2009, p. 36-37.

²¹⁰ Zie hierover ook Sack 1937, p. 370, Juenger 2005, p. 22 en Murphy, p. 56.

²¹¹ *Ward's Case*, 82 Eng. Rep. 245, 246 (KB 1625).

²¹² *Mostyn v. Fabrigas*, 98 Eng. Rep. 1021, 1022 (KB 1775).

²¹³ Zie hieromtrent ook Juenger 2005, p. 23.

²¹⁴ Zie Sack, p. 398 en Graveson, p. 7.

²¹⁵ De Engelsen en Schotten zouden bekend zijn geraakt met het werk van de Nederlandse rechtsgeleerden door de levendige handel die werd gedreven tussen Engeland en de Republiek en doordat veel Schotse rechtsgeleerden in de 17^e eeuw Nederlandse universiteiten hebben bezocht. Zie hieromtrent Westlake 1858, p. 8.

²¹⁶ *Robinson v. Bland* 97 Eng. Rep. 717 (KB 1760).

stelde dat “*the general rule established ex comitate et jure gentium, is that the place where the contract is made, and not where the action is brought, is to be considered in expounding and enforcing the contract.*” In *Holman v. Johnson*²¹⁸ uit 1775 citeerde Lord Mansfield Huber uitvoerig:

“I am very glad the old books have been looked into. The doctrine Huberus lays down, is founded in good sense, and upon general principles of justice. I entirely agree with him. He puts the general case in question, thus: tit. De Conflictu Legum, vol 2, pag. 539. “*In certo loco merces quædam prohibitæ sunt. Si vendantur ibi, contractus est nullus. Verum, si merx eadem alibi sit vendita, ubi non erat interdicta, emptor condemnabitur, quia, contractus inde ab initio validus fuit.*” Translated, it might be rendered thus: In England, tea, which has not paid duty, is prohibited; and if sold there the contract is null and void. But if sold and delivered at a place where it is not prohibited, as at Dunkirk, and an action is brought for the price of it in England, the buyer shall be condemned to pay the price; because the original contract was good and valid. — He goes on thus: “*Verum si merces venditæ in altero loco, ubi prohibitæ sunt essent tradendæ, jam non fieret condemnatio, quia repugnaret hoc juri et commodo reipublicæ quæ merces prohibuit.*” Apply this in the same manner. — But if the goods sold were to be delivered in England, where they are prohibited; the contract is void, and the buyer shall not be liable in an action for the price, because it would be an inconvenience and prejudice to the State if such an action could be maintained.”²¹⁹

Engelse rechters beschouwden echter alleen de *lex fori* als recht. Vreemd recht werd gezien als feit.²²⁰ Het moest dan ook worden gesteld en bewezen zoals feiten moesten worden bewezen.²²¹ Deed één van de partijen een beroep op een conflictregel en verlangde zij de toepassing van vreemd recht, dan moest zij de inhoud en werking van het vreemde recht bewijzen.²²² Slaagde de partij die zich beriep op het buitenlandse recht daar onverhoopt niet in, dan werd de *lex fori* toegepast. De rechter had derhalve de bevoegdheid noch de plicht om vreemd recht *ex officio* toe te passen.²²³ Van Rooij merkte daarover op, dat als gevolg van deze proces-

²¹⁷ Strikwerda 1987, p. 62.

²¹⁸ *Holman v. Johnson* 1 Cowp 341, 1775.

²¹⁹ Zie hieromtrent ook Irmer, p. 24 e.v. en Paul 1988, p. 159.

²²⁰ Fentiman 2000, p. 188.

²²¹ Rabel 1958, p. 473-474.

²²² Rabel 1958, p. 474 alsmede Van Rooij, p. 93.

²²³ Zie in dit verband bijvoorbeeld reeds *Fremoult v. Dedire* (1718) 1 P. Wms. 429 en *Mostyn v.*

rechtelijke implicatie de Engelse materiële *lex fori* zich mocht verheugen op een bevoorrechte positie ten detrimente van het materiële vreemde recht.²²⁴ In paragraaf 5.4.2 ga ik hier bij de bespreking van de leer van het facultatieve conflictenrecht nog nader op in.

2.4.3 De ontwikkeling van het conflictenrecht in de Verenigde Staten

In 1828 publiceerde Samuel Livermore (1786–1833), een advocaat met een grote interesse in het conflictenrecht en de rechtsvergelijking, het eerste Amerikaanse boek op het gebied van het conflictenrecht getiteld “Dissertations on the Questions Which Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations”^{225,226} Dit boek is door Livermore geschreven als reactie op de uitspraak van de Supreme Court of Louisiana in de zaak van *Saul v. His Creditors*,²²⁷ in welke zaak Livermore was opgetreden als advocaat aan de zijde van de verliezende partij. Net als in die zaak trok Livermore in zijn boek van leer tegen de gedachte dat staten enkel uit welwillendheid vreemd recht toepasten. Vreemd recht moest naar zijn mening namelijk worden toegepast uit “*a sense of common utility and of justice*”.²²⁸ Daarmee nam Livermore in de Amerikaanse rechtspraak een bijzondere positie in, aangezien in de Amerikaanse rechtspraak juist de gedachte ingang had gevonden dat staten elkaars recht enkel toepasten uit welwillendheid oftewel vanwege de “*comity of nations*”, welke gedachte werd gestaafd met behulp van Hubers “*Praelectiones*”.²²⁹ Livermore meende daarentegen dat de toepassing van vreemd recht niet enkel afhankelijk kon zijn van welwillendheid. De “*comity of nations phrase*” was dan ook een “*grating to the ear, when it proceeds from court of justice*”.²³⁰ Livermore kon zich derhalve evenmin vinden in de wijze waarop de *comitas*leer van Huber in de Amerikaanse rechtspraak werd toegepast en hij beklagde zich er in zijn boek over dat Huber kennelijk boven iedere kritiek was verheven.²³¹

Fabrigas (zie noot 212).

²²⁴ Van Rooij, p. 93.

²²⁵ Livermore had de titel van zijn boek volgens Nadelmann ‘geleend’ van Boullenois, die een opstel had gepubliceerd met als titel “*Dissertations sur des Questions qui Naissent de la Contrariété des Loix et des Coutumes*”, waarover Nadelmann, p. 270.

²²⁶ Kay, p. 22.

²²⁷ *Saul v. His Creditors* 5 Mart. (n.s.) 569, 1827 WL 1936 (La.), 16 Am.Dec. 212.

²²⁸ Livermore, p. 28, waarover onder meer De Nova 1964 en Paul 2008, p. 24.

²²⁹ Zie wat dat betreft bijvoorbeeld Irmer, p. 28 e.v. alsmede Strikwerda 1987, p. 63. De eerste uitspraak waarin Hubers gedachten in Amerika tot uiting komen is *Camp v. Lockwood* U.S. (Dall.) 393, 398 (Phila Co. 1788).

²³⁰ Livermore, p. 26.

²³¹ Strikwerda 1987, p. 63.

“Towards the close of the last century, some few questions, respecting the operation of the laws of different countries upon some contracts, have arisen. These have been decided without much investigation, and principally upon the authority of some rules laid down by *Ulricus Huberus*, jurisconsult of Friesland. The same observation applies to the courts of the United States in which it seems to have been the common opinion, that no other person than this writer had ever touched this matter. This author, in his *Praelectiones juris civilis*, has devoted nine pages to this subject, and has laid down some rules, which have certainly not been generally admitted by civilians. He refers to no other authors, except *Rodenburgh* and *John à Sandé*; and I indeed should hardly think that he had read the work of *Rodenburgh*. On the other hand, I have not found the observations of *Huberus*, *de conflictu legum*, referred to by any writer of later period, with one exception of *Hertius*, who cites his general rules, but not with approbation.”²³²

Wat opvalt aan voorgaand citaat is dat Livermore de autoriteit van Huber wel ter discussie stelt, maar dat hij de wijze waarop Hubers *comitas*-leer wordt uitgelegd en toegepast niet bestrijdt. Kennelijk las Livermore in Hubers verhandelingen dus ook geen plicht voor staten om vreemd recht toe te passen, althans onder vreemd recht verkregen rechten te erkennen, hoewel Huber juist wel een rechtsplicht veronderstelde.²³³ Dat is in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur van de 18^e en 19^e eeuw evenwel geheel onopgemerkt is gebleven.

Het boek van Livermore werd al snel overvleugeld door de “*Commentaries on the Conflict of Laws*”²³⁴ van Joseph Story (1779-1845²³⁵) dat verscheen in 1834.²³⁶ Mede door Livermores boek en doordat Livermore zijn volledige bibliotheek doneerde aan Harvard – waar Story op dat moment werkzaam was – had Story volgens Symeonides toegang gekregen tot de

²³² Livermore, p. 12.

²³³ Zie paragraaf 2.3.7.3(a).

²³⁴ De volledige titel is: “*Commentaries on the Conflict of Law, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*”

²³⁵ Story was als jurist geschoold aan Harvard. Daar studeerde hij van 1795 tot en met 1798. In 1801 werd hij als advocaat beëdigd. Slechts 10 jaar later werd Story – op pas 32 jarige leeftijd – benoemd als Associate Justice (*raadsheer*) in de Supreme Court of the United States. In 1829 werd hij benoemd als professor aan Harvard. Beide functies behield Story tot aan zijn dood in 1845 en hij wordt beschouwd als de vader van het internationaal privaatrecht in de Anglo-Amerikaanse wereld.

²³⁶ Met dit werk heeft Story aan de basis gestaan van het moderne Amerikaanse conflictenrecht, aldus Paul 1988, p. 160.

Europese bronnen.²³⁷ Bestudering van die bronnen bracht Story ertoe te stellen dat: *"The Subject has never been systematically treated by writers on the common law of England; and indeed, seems to be of very modern growth in that kingdom; and can hardly as yet, be deemed to be there cultivated, as a science, built up and defined with entire accuracy and precision of principles."*²³⁸ Dat kan ook verklaren waarom de Amerikaanse rechtsgeleerden zich destijds lieten inspireren door het continentale Europese denken in plaats van het Engelse recht. Vervolgens betoogde Story dat: *"The civilians of continental Europe have examined the whole subject in all its bearings with a much more comprehensive philosophy, if not a more enlightened spirit."*²³⁹ Daarna doet hij de statutentheorie en haar klasse-indeling uitvoerig uit de doeken. Daarop geeft hij aan dat zijn doel is *"[t]o present the leading principles upon some of the more important topics, and to use the works of the civilians, to illustrate, confirm, and expand the doctrines of common law, so far at least, as the latter have assumed a settled form."*²⁴⁰

Bij zijn onderzoek ging Story er net als Livermore vanuit dat het door hem voorgestane conflictenrecht moest worden toegepast op zowel internationale als interstatelijke gevallen. In tegenstelling tot Livermore verwierp Story de statutenleer evenwel.²⁴¹ Daarentegen accepteerde hij de *comitas*gedachte van de Nederlandse rechtsgeleerden wel en net als Huber presenteerde Story een aantal axioma's of grondregels. Zijn eerste grondregel luidde: *"that every nation possesses an exclusive sovereignty and jurisdiction within its own territory."*²⁴² Hij vervolgt dan dat:

*"The direct consequence of this rule is, that the laws of every state affect, and bind directly all property, whether real or personal, within its territory; and all persons who are a resident within it, whether national born subjects or aliens; and also all contracts made, and acts done within it."*²⁴³

Story's tweede grondregel luidde, dat: *"[n]o state or nation can, by its laws directly affect, or bind property outside its own jurisdiction, or persons not residing therein, whether they are natural born subjects or others."*²⁴⁴ Als gevolg daarvan had elke staat dus het exclusieve recht *"to regulate persons and*

²³⁷ Symeonides 2008, p. 63.

²³⁸ Story, p. 9-10.

²³⁹ Story, p. 10.

²⁴⁰ Story, p. 17.

²⁴¹ Zie Kegel 1989, p. 51 en Paul 2008, p. 24.

²⁴² Story, p. 19.

²⁴³ *Idem*. Daarbij verwijst Story onder meer naar Hubers werk.

²⁴⁴ Story, p. 21.

things within its own territory according to its own sovereign will and polity”.²⁴⁵ Uit deze twee grondregels volgt dan Story’s derde grondregel:

“that whatever force and obligations the laws of one country have in another, depends solely upon the laws, and municipal regulations of the latter, that is to say, upon its own proper jurisprudence and polity, and upon its own express or tacit consent.”²⁴⁶

Opvallend is evenwel dat Story hierbij verwijst naar het werk van Huber, aan wiens faam hij in Amerika heeft bijgedragen,²⁴⁷ terwijl zijn derde grondregel nauwer aansluit bij het gedachtegoed van vader en zoon Voet.²⁴⁸ Niet voor niets zegt De Boer dat: *“It is one of the ironies of legal history that Story greatly contributed to Huber’s fame by misrepresenting his theory.”*²⁴⁹ Dat wordt eens te meer duidelijk uit het vervolg van Story’s betoog:

“A State may prohibit the operation of all foreign laws, and the rights growing out of them, within its own territories. It may prohibit some foreign laws, and admit the operation of others. It may recognise, and modify, and qualify some foreign laws; it may enlarge, or give universal effect to others. It may interdict the administration of some foreign laws; it may favour the introduction of others. When its code speaks positively on the subject, it must be obeyed by all persons, who are within the reach of its sovereignty. When its customary, unwritten, or common law speaks directly on the subject, it is equally to be obeyed; for it has an equal obligation with its positive code. When both are silent, then, and then only, can the question properly arise, what law is to govern in the absence of any clear declaration of the sovereign will.”²⁵⁰

Met andere woorden: staten zouden volgens Story zelf mogen bepalen of, en zo ja welke, vreemde wetten (kunnen) worden toegepast op hun grondgebied. Zou er eenmaal een regel bestaan op grond waarvan een vreemde wet moet worden toegepast, dan dient de toepasselijk geachte

²⁴⁵ Story, p. 24.

²⁴⁶ Story, p. 24.

²⁴⁷ Vanaf p. 30 verdedigde Story de leer van Huber ook uitgebreid, waarbij ook hij veronderstelde dat Huber geen rechtsplicht op staten legde.

²⁴⁸ De Boer 1987, p.21.

²⁴⁹ De Boer 2010, p. 189.

²⁵⁰ Story, p. 24-25.

vreemde wet bij wijze van uitgangspunt ook daadwerkelijk te worden toegepast. Bestond er evenwel geen regel voor het voorliggende geval, dan (en alleen dan) rees de vraag welk recht moest worden toegepast nu de soeverein op dat punt zweeg. Helaas kon die vraag wereldwijd niet eenduidig worden beantwoord:

“This question does not admit of any universal answer; or rather, it will be answered differently in different communities, according to the organization of the departments of each particular government.”²⁵¹

Dat bracht weer een aantal problemen mee. Zo was het volgens Story met name problematisch om zeker te stellen:

“what principles in point of public convenience ought to regulate the conduct of nations on this subject in regard to each other; and in what manner they can be best applied to the variety of cases, arising from the complicated concerns of human society in modern times. No nation can be justly required to yield up its own fundamental policy and institutions in favour of those of another nation. Much less can any nation be required to sacrifice its own interests in favour of another; or to enforce doctrines which, in a moral, or political view, are incompatible with its own safety or happiness, or conscientious regard to justice and duty.”²⁵²

Er bestond volgens Story dan ook een veelheid aan wetten die in het ene land volkomen geaccepteerd zijn, maar die onder geen enkele omstandigheid konden worden toegepast in een ander land. Daarbij schroomde Story niet om de lezer te voorzien van enkele voorbeelden: *“Many laws, adapted to heathen nations, would be totally repugnant to the feelings, as well as to the justice, of those which embrace Christianity. A heathen nation might justify polygamy, or incest, contracts or moral turpitude, or exercises of cruelty over persons, which would be repugnant to the first Christian duty.”*²⁵³ Naar aanleiding daarvan concludeerde Story dat: *“there would be extreme difficulty in saying, that other nations were bound to enforce laws, institutions, or customs, so subversive of their own morals, justice, interest or polity.”*²⁵⁴ Story's opmerkingen sluiten wat dat betreft naadloos aan bij onze hedendaagse ideeën over de openbare orde-exceptie. Story vervolgt dan:

²⁵¹ Story, p. 25.

²⁵² Story, p. 25-26.

²⁵³ Story, p. 26.

²⁵⁴ *Idem.*

"It has been thought by some jurists, that the term "comity", is not sufficiently expressive of the obligation of nations to give effect to foreign laws, when they are not prejudicial to their own rights and interests. And it has been suggested, the doctrine rests on a deeper foundation; that it is not so much a matter of comity, or courtesy, as of a paramount moral duty. Now, assuming, that such a duty exists, it is clearly one of imperfect obligation, like of beneficence, humanity, and charity. Every nation must be the final judge for itself, not only of the nature and extent of the duty, but of the occasions, on which its exercise may be justly demanded. And, certainly, there can be no pretence to say, that any foreign nation has a right to require the recognition and execution of its own laws in other territories, when those laws are deemed oppressive or injurious to the rights or interests of the inhabitants of the latter, or where their moral character is questionable, or their provisions impolitic."²⁵⁵

Vervolgens probeerde Story de vraag te beantwoorden wanneer en waarom staten elkaars wetten moeten toepassen. Daarbij haalt hij eerst een passage van Livermore aan: "[t]he rules, which are to govern, are those, which arise from mutual interest and utility, from a sense of the inconveniences, which would result from a contrary doctrine, and from a sort of moral necessity to do justice, in order that justice may be done to us in return."²⁵⁶ Story stelt dan: "But of the nature, and extent, and utility of this recognition of foreign laws, respecting the state and conditions of persons, every nation must judge for itself, and certainly is not bound to recognise them, when they would be prejudicial to its own interests."²⁵⁷ Even verder komt Story met de volgende overweging dat "Mutual utility presupposes, that the interest of all nations is consulted, and not that of one only. Now, this demonstrates, the doctrine owes its origin and authority to the voluntary adoption and consent of nations. It is, therefore, in the strictest sense a matter of the comity of nations, and not of paramount obligation, superseding all discretion on the subject",²⁵⁸ waarna Story in paragraaf 38 stelt:

"There is, then, not only impropriety in the use of the phrase "Comity of Nations," but it is the most appropriate phrase to express the true foundation and extent of the obligation of the laws of one nation within the territories of another. It is derived

²⁵⁵ Story, p. 33.

²⁵⁶ Story, p. 34.

²⁵⁷ Story, p. 35-36.

²⁵⁸ Story, p. 36.

altogether from the voluntary consent of the latter; and is inadmissible, when it is contrary to its own policy, or prejudicial to its interest. In the silence of any positive rule, affirming, or denying, or restraining the operation of foreign laws, courts of justice presume the tacit operation of them by their own government, unless they are repugnant to its policy, or prejudicial to its interest. It is not the comity of courts, but the comity of nations, which is administered, and ascertained in the same way, and guided by the same reasoning, by which all other principles of the municipal law are ascertained and guided.”²⁵⁹

Story's ideeën brachten in de praktijk mee dat elke staat zijn eigen internationaal privaatrecht kon ontwikkelen dat per staat (sterk) zou kunnen verschillen. Elke staat mocht immers zelf bepalen of, en zo ja welk vreemd recht zou moeten worden toegepast. Ontbrak voor het voorliggende geval evenwel een positieve regel, dan moest het vreemde recht worden toegepast als het voorliggende geval daarom vroeg – tenzij dat vreemde recht in strijd was met de openbare orde – omdat rechters moesten aannemen dat hun wetgever de (werking van die) regel stilzwijgend had aanvaard op grond van de *comity of nations*. In het licht hiervan zou men kunnen stellen dat Story een nationaal internationaal privaatrecht met internationalistische trekjes voorstond. Daarbij verdedigde hij, zonder dat hij het doorhad, vooral de theorieën van vader en zoon Voet.

2.5 Weer Nederland – de statutenleer gecodificeerd

Tot in de negentiende eeuw werd de soevereiniteitsgedachte, die ook door vader en zoon Voet was gepropageerd, als juist aanvaard en zij heeft bijvoorbeeld ook haar weg gevonden naar het tiende hoofdstuk van “Het Ontwerp van Inleiding van Recht in het Algemeen” – welk hoofdstuk als opschrift draagt “Van het stryden der Wetten” – dat in 1804 door de Commissie tot het Ontwerpen van een Algemeen Burgerlyk en Lyfstraffelyk Wetboek werd aangeboden aan het Staatsbewind van het Bataafs Gemenebest.²⁶⁰ De tweede afdeling van het tiende hoofdstuk – dat als titel heeft: “Van den Stryd tusschen Lands-wetten en vreemde Wetten, en hoe verre de laatstgenoemde hier te Lande van kracht kunnen zyn” – begint met de volgende artikelen:

²⁵⁹ Story, p. 37.

²⁶⁰ Het Bataafs Gemenebest bestond van 1801 tot 1806. Het was de opvolger van de Bataafse Republiek (1795-1801) en de voorloper van het Koninkrijk Holland (1806-1810). In publicaties uit die tijd, ook van de overheid zelf, werd overigens zowel over de Bataafse Republiek als over het Bataafs Gemenebest gesproken.

13. Indien 's Lands Wetten met vreemde Wetten strijden, moeten 's Lands Wetten gelden. Vreemde Wetten, buiten haar Grondgebied, zijn geene Wetten.
14. Bij gevolg is al wat tegen 's Lands Wetten inloopt, hoezeer naar vreemde Wetten bestaanbaar, alhier krachteloos. Doch vermits, hieromtrent, zomtijds verschillende omstandigheden kunnen voorkomen, moeten de volgende Regels worden in acht genomen.
15. Al wat alleen uit krachte van vreemde Wetten, is verricht, kan hier, niet voor wettig geschied, worden gehouden.

Daarna volgt in de volgende artikelen een nadere uitwerking en nuanceering van voornoemde drie artikelen, waarin zowel de gedachten van de Voeten als die van Huber tot uitdrukking worden gebracht:

17. Doch deze Regels worden bepaald, en lyden uitzondering, voor zoo verre tusschen dit Land en eenige andere Volken, het zy uitdrukkelijk bij Verdragen, het zy stilzwygende, door lang en standvastig Gebruik, is overeengekomen, om, in zekere bepaalde Zaken en Voorvallen, elkanders Wetten te eerbiedigen, of aan Vergunningen en Beschikkingen omtrent de rechtelyke gestaltenis van Persoonen, voltrekkingen van Huwelyken, ook Uispraken van Vonissen, en andere Voorwerpen, kracht te verleen.
18. De Wetten, welke de rechtelyke gestaltnissen der onderhorige Persoonen in andere Landen bepalen, moeten ook hier te Lande gelden. Een Vreemdeling wordt hier gehouden voor meerderjarig, indien zyne Lands-wetten of de Vergunning van zynen Wetgever, hem voor meerderjarig hebben verklaard.
19. Huwelyken door Vreemden, volgens de Wetten van hun Land, voltrokken, worden hier niet onwettig, wanneer die Gehuwden zich in dit Land met 'er woon komen nederzetten, al ware het, dat die Huwelyken, volgens onze Wetten, niet zouden hebben kunnen worden aangegaan.
20. Maar de Wet dult niet, dat Inlanders, hier uit, aanleiding tot het verkrachten van 's Lands Wetten nemen.
21. Wanneer een Huwelyk wordt aangegaan, moeten omtrent Boedelmenging by Huwelyk, of gemeenschap van Goederen, die

Wetten stand grypen, onder welken de Huwende gehooren, of voornemens zyn terstond zich nedertezetten, of die zy mogen verklaard hebben, te willen volgen, voor zoo verre die Wil niet volstrekt tegen die Wetten aanloopt, aan welken zy onderworpen zyn.

22. Maar wanneer zy, die elders buiten gemeenschap van Goederen zyn getrouwd, zich hier te Lande nederzetten, wordt hier door geene Gemeenschap ingevoerd, mits zy by hunne komst hier te Lande voldoen aan 't geen by de Wet, ten opzichte van het afkondigen of doen registreeren der Uitsluitingen van gemeenschap van Goederen mogt worden voorgeschreven.
23. Tilbare Goederen volgen den Persoon, en dus de Wetten der Plaats, waar de Persoon te huis behoort.
24. Ontilbare Goederen, integendeel, volgen de Wetten van die Plaats of dat Land, waar zy gelegen zyn.
25. Vaste Goederen versterven, volgens de Wetten der Erfopvolging van dat Land, in 't welk die Goederen gelegen zyn, zonder opzicht, waar de Overledene te huis hoort, of het Sterfhuis voorvalt.
26. De kracht der Handelingen, met opzicht tot de plechtigheden, welke daar toe vereischt worden, moet worden beoordeeld naar de Wetten van het Land, alwaar die Handelingen zyn verricht, ofschoon die Wetten van de onze verschillen.
27. By gevolg, wanneer uit eene Overeenkomst, elders aangegaan, hier te Lande, recht wordt gevorderd, dan moet de uitspraak, omtrent het geen den vorm der Overeenkomst betreft, geschieden naar de Wetten van het Land, waar men is overeengekomen.
28. Doch eene Overeenkomst, wel en behoorlyk aangegaan, volgens de Wetten van de Plaats, waar men is overeengekomen, is, als Overeenkomst beschouwd, ook alhier van waarde, mits de Wetten van dit Land, daar door, niet worden krachteloos gemaakt.
29. Wanneer tusschen hun, die zich in verschillende Landen of Plaatsen bevinden, Overeenkomsten by Briefwisseling worden aangegaan, dan moeten de Wetten van die Plaats het verschil

beslissen, alwaar, door de toestemming of aanneming van de Wederparthy, de Overeenkomst haar bestaan heeft verkregen.

Het statistische gedachtegoed heeft vervolgens ook zijn weg gevonden naar het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland van 1809. Artikel 3 luidt als volgt:

“De wetten van politie en zekerheid zijn verbindende voor allen, die hun verblijf op het grondgebied van Holland houden. Onroerende goederen van vreemdelingen, zoo wel als van ingezetenen, zijn onderworpen aan de wetten van dit rijk. De wetten, betreffende den staat en betrekking van personen, zijn toepasselijk op alle Hollanders, ook wanneer zij zich buiten 's lands bevinden.”

Het Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden van 1820 bevatte vervolgens zes bepalingen van internationaal privaatrecht:

17. De werking der wet strekt zich in het algemeen uit, tot alle ingezetenen van den Staat, hetzij dezelve zich binnen of buiten 's lands bevinden; ten dien effecte, dat niet alleen al derzelver zoo wel persoonlijke als andere regten, maar ook de wettigheid en de regterlijke gevolgen van al derzelver handelingen, waar die ook mogten plaats gehad hebben, alleen aan de Nederlandsche burgerlijke wet moeten getoetst worden, zonder eenige uitzondering, dan alleen deze, dat de uiterlijke wettigheid der handeling naar de vormen en wetten der plaats, waar die handeling heeft plaats gehad, moet beoordeeld worden.
18. Ten aanzien van onroerende goederen geldt de wet der plaats, waaronder die goederen gelegen zijn. Zij verbinden ook vreemdelingen, wanneer deze bezitters van zoodanige goederen zijn.
19. In het algemeen strekt zich de werking der burgerlijke wet niet uit tot vreemdelingen. Zij blijven onder het gebied der wetten van het land, waartoe zij behooren; volgens welke wetten hunne persoonlijke regten zoowel als de wettigheid en het gevolg hunner handelingen, moeten beoordeeld worden.
20. De regel echter, in het vorige artikel opgegeven is niet toepasselijk:

1. Op de wetten van politie en burgerlijke orde, als aan welke, even als aan de strafwetten, allen onderworpen zijn die zich op het grondgebied van den Staat bevinden, en zulks van het oogenblik af, waarop zij dat grondgebied betreden hebben.
 2. Op de wetten omtrent de manier van procederen, als aan welke ieder onderworpen is, door of tegen wien , hier te lande, eenige actie , hoe ook genaamd, geïnstitueerd wordt.
 3. Op de handelingen door die vreemden, volgens de wet van hun vaderland daartoe persoonlijk bevoegd, hier te lande aangegaan, als ten aanzien van welke zij gehouden zijn zich te gedragen naar de voorschriften der landswet.
21. De bepalingen van de drie vorige artikelen, gelden alleen, voor zoo verre omtrent de gevallen in die artikelen begrepen, geene bijzondere verordeningen, hetzij in dit wetboek, hetzij in eenige andere wet, mogten voorkomen.
22. In het algemeen zal geen regt uit dit wetboek den vreemdeling te stade komen, zoo niet in een gelijk geval, in zijn vaderland, aan eenen Nederlander hetzelfde regt is toegekend.

In de Wet van 15 mei 1829 houdende Algemeene Bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk²⁶¹ – die op 1 oktober 1838 in werking is getreden – werd vervolgens zonder een diepgaande bezinning een aanzet gegeven om de problemen van internationaal privaatrecht op te lossen aan de hand van de oude statutenleer,²⁶² waarbij in artikel 6, 7 en 10 het onderscheid tussen *statuta personalia*, *realia* en *mixta* tot uiting werd gebracht:²⁶³

6. De wetten betreffende de regten, den staat en de bevoegdheid der personen, verbinden de Nederlanders, ook wanneer zij zich buiten 's lands bevinden.
7. Ten opzichte van onroerende goederen, geldt de wet van het land of der plaats, alwaar die goederen gelegen zijn.

[...]

²⁶¹ De wet is uitgevaardigd te Brussel in België, dat tot 1830 deel uitmaakte van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden (1815-1830).

²⁶² Steenhoff, p. 5-7. Aldaar maakt hij ook inzichtelijk dat in het op 1 oktober 1838 in werking getreden Burgerlijk Wetboek ook enkele bepalingen van conflictenrecht waren opgenomen.

²⁶³ Zie hierover ook Vlas 2015, p. 6-7.

10. De vorm van alle handelingen wordt beoordeeld naar de wetten van het land of de plaats, alwaar die handelingen zijn verricht.

Artikel 6 Wet AB verwees voor het personeel statuut van Nederlanders naar de Nederlandse wet en voorzag aldus in een regel met betrekking tot de persoonlijke staat van Nederlanders, ook wanneer zij zich in het buitenland bevonden.²⁶⁴ Deze bepaling is naar haar formulering een slechts voor het personenrecht in enge zin geldende eenzijdige conflictregel die is geschreven voor Nederlanders en die niets inhoudt over de toepasselijkheid van buitenlands recht, maar de rechtspraak heeft deze regel ruimer uitgelegd en toegepast als basis voor de nationaliteitsaanknoping in het personen- en familierecht.²⁶⁵ Met de invoering van boek 10 BW is evenwel niet langer behoefte aan de te beperkte, ongenueanceerde en ongelukkig geformuleerde bepaling van artikel 6 Wet AB,²⁶⁶ reden waarom het artikel kon vervallen.²⁶⁷ Artikel 7 Wet AB verwees voor het reëel statuut van onroerend goed naar de wet van het land van ligging.²⁶⁸ Deze regel was al vervallen per 1 mei 2008, na invoering van de Wet conflictenrecht goederenrecht.²⁶⁹ Thans is hij opgenomen in artikel 10:127 lid 1 BW. Artikel 10 Wet AB zag op zijn beurt op de vorm van handelingen en onderwierp hen aan de wet van het land waar zij waren verricht.²⁷⁰ In artikel 10:12 BW is thans een op Rome I afgestemde regeling voor de vorm van rechtshandelingen neergelegd. Voor artikel 10 Wet AB bestaat dan ook geen bestaansreden meer, zodat het eveneens kon vervallen.²⁷¹

2.6 De inleiders van de kentering: Foelix & Von Wächter

2.6.1 Inleiding

Niet lang nadat de Wet Algemeene Bepalingen in Nederland was ingevoerd, publiceerden de Fransman J.J.G. Foelix (1791-1853) en de Duitser G.C. von Wächter (1797-1880) in een tijd van opkomend internationalisme hun ideeën over het conflictenrecht. Tot dat moment verkeerde het internationaal privaatrecht in betrekkelijk rustig vaarwater. Daar kwam

²⁶⁴ Zie hierover Kosters/Dubbink, p. 572 e.v.

²⁶⁵ Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 96.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ Daarbij zij opgemerkt dat artikel 6 Wet AB als zodanig geen equivalent heeft in boek 10 BW, waarover ook Vlas 2015, p. 6.

²⁶⁸ Steenhoff, p. 5.

²⁶⁹ *Stb.* 2008, 70.

²⁷⁰ Zie hierover Kosters/Dubbink, p. 437 e.v. alsmede Strikwerda 2015-I, p. 216-219.

²⁷¹ Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 96.

verandering in door de werken van Foelix en Von Wächter. Men zou aldus kunnen stellen dat de zucht naar een grondige, volledige en zelfstandige behandeling van het internationaal privaatrecht door hen weer levendiger is geworden.²⁷²

2.6.2 *Foelix*

Foelix beschouwde het als een *pédantisme national* om de rechtswetenschap tot het nationale recht te beperken.²⁷³ Om de rechtsvergelijking te promoten en de internationalisering van het recht te bevorderen richtte Foelix in 1834 het tijdschrift “Revue étrangère et française de législation et d’éconoie politique” op. Daarin werd veel aandacht besteed aan de verschillende rechtstelsels. Maar daar bleef het niet bij. Ook anderszins wilde Foelix namelijk de kennis van en het begrip voor vreemde rechtstelsels vergroten. Dit bracht hem ertoe om in 1843 een handboek te publiceren.²⁷⁴ Door voornoemde publicaties groeide Foelix’ reputatie gestaag. Al snel werd hij alom geroemd om zijn kennis in internationale kwesties en hij deed als advocaat ook veel zaken met internationale aanknopingspunten.²⁷⁵

In zijn handboek gaf Foelix de stand van zaken in de verschillende landen weer en hij beoogde in de eerste plaats inzicht te verschaffen in de wijze waarop in de verschillende landen met het conflictenrecht werd omgegaan.²⁷⁶ Hij wilde daarbij algemeen aanvaarde beginselen blootleggen:²⁷⁷

“nous n’avons pas l’intention d’offrir au lecteur un traité ou système de droit international conçu philosophiquement ou idéalement; nous nous bornons à réunir, dans un cadre méthodique, les règles ou principes qu’un usage général des nations paraît avoir consacrés”²⁷⁸

Het is tot slot vermeldenswaardig dat Foelix meende dat staten bij wijze van uitgangspunt soeverein waren op hun eigen grondgebied en dat hij

²⁷² Asser 1880, p. 7

²⁷³ Steenhoff, p. 8.

²⁷⁴ Traité de droit International privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé.

²⁷⁵ Zie onder meer Asser 1880, p. 8 en Steenhoff, p. 8.

²⁷⁶ Kegel 1989, p. 62-63.

²⁷⁷ Zie ook Steenhoff, p. 9.

²⁷⁸ Foelix 1843, p. VI-VII.

wat dat betreft naar eigen zeggen aansloot bij Story.²⁷⁹ Een wet of een vonnis had uit eigen kracht dus geen werking in den vreemde. Daarvoor was de uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van de vreemde staat vereist, welke toestemming "*ex comitate ob reciporam utilitatem*" kon worden gegeven.²⁸⁰

2.6.3 Von Wächter

Von Wächter publiceerde zijn ideeën over het conflictenrecht voor het eerst in 1841 en 1842 in het "Archiv für civilistische Praxis". Hij vond het tijd voor een nieuwe start,²⁸¹ gezien het moeras waarin het internationaal privaatrecht volgens hem was weggezonken.²⁸² Von Wächter verwierp de statutenleer dan ook uitdrukkelijk²⁸³ en bezag het conflictenrecht in de eerste plaats vanuit het oogpunt van de rechter: welk recht diende deze toe te passen wanneer hij werd geconfronteerd met een "*Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*"?²⁸⁴ Daarbij stond Von Wächter net als Story een positivistische benadering voor.

In dat verband vond Von Wächter dat zaken als *comitas*, gerechtigheid, billijkheid, gemak en interstatelijke belangen geen rol moesten spelen bij de beslechting van wetsconflicten.²⁸⁵ Voor Von Wächter was de toepasselijkheid van vreemd recht namelijk afhankelijk van de wil van de wetgever van het land waar die vreemde wet eventueel moest worden toegepast. Ook de rechter die over het voorliggende geschil oordeelde had zich daaraan te houden.²⁸⁶ Elk rechtssysteem had vervolgens zijn eigen conflictregels of kon deze ontwikkelen.²⁸⁷ Behoudens voor enkele internationaal aanvaarde regels die volgden uit verdragen of het internationale gewoonterecht kon de wetgever dus zelf bepalen wanneer vreemd recht wel en wanneer vreemd recht niet behoorde te worden toegepast.²⁸⁸

²⁷⁹ Foelix 1843, p. 12, waar hij stelt: "*La doctrine, que nous exposons dans ce chapitre est celle de Story; nous l'adoptons complètement*". Zie daarover ook Scholten, p. 132 en Steenhoff, p. 9.

²⁸⁰ Scholten, p. 132.

²⁸¹ Von Wächter 1841, p. 235.

²⁸² Zie ook De Nova 1966, p. 453.

²⁸³ Von Wächter 1841, p. 230 e.v., waarover onder meer Kosters/Dubbink, p. 68, Steenhoff, p. 9-10 en Spickhoff, p. 37.

²⁸⁴ Von Wächter 1841, p. 230.

²⁸⁵ Von Wächter 1841, p. 267.

²⁸⁶ In gelijke zin Pontier 1997, p. 110.

²⁸⁷ Von Wächter 1841, p. 236 e.v.

²⁸⁸ Enzo De Nova 1966, p. 455.

Voor het bepalen van de toepasselijke rechtsregel hanteerde Von Wächter drie basisprincipes.²⁸⁹ De rechter moest in de eerste plaats beoordelen of zijn positieve recht voorzag in een regel ten aanzien van de voorliggende kwestie.²⁹⁰ Was dat het geval, dan moest de betreffende regel worden gevolgd.²⁹¹ Bleek dat niet het geval, dan moest de rechter uit de *Geist* en *Sinn* van zijn materiële recht in het licht van de voorliggende kwestie afleiden of het eigen recht geldingspretentie had of dat alsnog een vreemde regel moest worden toegepast. Von Wächter verwoordde het aldus:

“Wenn der Richter [...] bei der Entscheidung der vorliegenden Fragen überhaupt zunächst an den Inhalt der Gesetzes seines Staates gemiesen ist: so folgt notwendig, dass wenn sonst seine allgemeine ausdrückliche Entscheidung vorliegt, er bei Entscheidung zunächst im Sinne und Geiste derjenigen besonderen, in seinem Lande geltenden Gesetze, welche das vor ihn gebrachte Verhältnis an sich zum Gegenstand haben, suchen muss. Ergibt sich aus dem Sinne und Geiste dieser Gesetze, dass eine Anwendung auf fremde, auf Verhältnisse, die im Auslande begründet wurden und bergl. dem Sinne und Geiste derselben gemäß oder entgegen ist: so hat der Richter lediglich hiernach zu verfahren. Denn er muss doch die Gesetze, unter denen er steht, ihrem Sinne gemäß zur Anwendung bringen.”²⁹²

Wanneer evenwel niet met voldoende duidelijkheid kon worden bepaald of de binnenlandse of de vreemde regel moest worden toegepast, dan gold het forale materiële recht: “*Wenn aber aus Richtung, Sinn und Geist des betreffenden besonderen Gesetzes eine Entscheidung über die Frage nicht mit bestimmtheit sich entnehmen läßt: so hat der Richter im Zweifel das Recht seines Landes in Anwendung zu bringen*”,²⁹³ omdat de rechter zich heeft te houden aan het recht van de staat waarvan hij een orgaan is en hij tot taak heeft om dat recht te verwezenlijken.²⁹⁴

Von Wächter was bovendien huiverig om vreemd recht toe te passen dan wel onder vreemd recht verkregen rechten te erkennen, gezien het feit dat vreemd recht gebaseerd kon zijn op andere rechtsopvattingen. Wanneer dan ook moest worden geconcludeerd dat het vreemde recht of de

²⁸⁹ Von Wächter 1841, p. 261-270.

²⁹⁰ Von Wächter 1841, p. 239-240 en p. 261.

²⁹¹ Eveneens Meili, p. 117 en Kegel 1989, p. 53.

²⁹² Von Wächter 1841, p. 261-262.

²⁹³ Von Wächter 1841, p. 265.

²⁹⁴ Von Wächter 1841, p. 265-267.

door dat recht geschapen rechten zouden indruisen tegen de maatschappelijke uitgangspunten waarop de eigen wetgeving was gebaseerd, zou de toepassing van het vreemde recht of de erkenning van de onder dat recht verkregen rechten achterwege moeten worden gelaten:

“Überhaupt kann ja leicht die Gesetzgebung eines fremden Staates Rechte anerkennen, die den sittlichen oder religiösen Prinzipien, den Begriffen von Recht und Gerechtigkeit und den Anforderungen der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit des Verkehrs und der Sorge für das ökonomische Wohl der Bürger, auf welche die Gesetzgebung unseres Staates gebaut ist, geradezu widersprechen.”²⁹⁵

In het licht van het hiervoor gereveleerde kan men aldus betogen dat bij Von Wächter het primaat lag bij de eigen rechtsorde en het eigen recht. Dat recht bepaalde in beginsel welke rechtsregel moest worden toegepast. Zweeg dat recht of was dat recht niet eenduidig en diende uit hoofde van een internationale regel evenmin vreemd recht te worden toegepast, dan moest het forale recht worden toegepast. Hierin schuilt ook het grootste verschil met Story. Ontbraken namelijk nationale regels of aanknopingspunten ten aanzien van het toe te passen recht, dan begon voor Story het echte internationaal privaatrecht, waarbij hij op grond van de *comity of nations* meende dat staten vreemd recht in beginsel moesten toepassen als de voorliggende kwestie daarom vroeg, terwijl Von Wächter hier stopte en volgens hem het eigen recht moest worden toegepast. Gezien het primaat van het eigen recht kan vervolgens worden gesteld dat Von Wächter een nationaal internationaal privaatrecht voorstond, waarbij de staat slechts inbreuk op de toepasselijkheid van zijn eigen nationale recht hoefde te dulden als de plicht daartoe zou voortvloeien uit een verdrag of het gewoonterecht.

2.7 Het verwijzingsprocedé van Von Savigny

Tegelijkertijd met Von Wächter hield ook een andere Duitse rechtsgeleerde zich bezig met de problemen van het conflictenrecht. Deze rechtsgeleerde heette Friedrich Carl Von Savigny. Hij leefde van 1779 tot 1861 en hij was degene die de wereld van het internationaal privaatrecht voorgoed zou veranderen.²⁹⁶ In het derde boek van zijn “System des heu-

²⁹⁵ Von Wächter 1842, p. 6.

²⁹⁶ Von Savigny was een zeer gerespecteerd wetenschapper met een sterke analytische geest en een grote interesse in de geschiedenis van het recht. Hij was in staat om zijn gedachten met een overtuigende logica naar voren te brengen en zijn vakmanschap ging aan zijn tijdgenoten ook niet onopgemerkt voorbij. Zo heeft hij tijdens zijn leven allerlei

tigen römischen Rechts”, dat in 1849 is gepubliceerd als achtste band, heeft hij een nieuw conflictenrechtelijk procedé uitgewerkt. Dit boek is nog steeds van belang voor de hedendaagse Europese rechtswetenschap, nu het aan de basis staat van de moderne conflictenrechtelijke methode. Von Savigny kan dan ook worden beschouwd als één van de grondleggers van het moderne (Europese) internationaal privaatrecht.

In zijn werk stelde Von Savigny eerst de soevereiniteitsgedachte aan de kaak die door toedoen van Nederlandse rechtsgeleerden ingang had gevonden in het internationaal privaatrecht:

“Manche haben versucht, diese Fragen lediglich durch den Grundsatz der unabhängigen Staatsgewalt (Souveränität) zu entscheiden, indem sie folgende zwei Regeln an die Spitze stellen. 1. Jeder Staat kann fordern, daß innerhalb seiner Grenzen lediglich sein Gesetz gelte. 2. Kein Staat kann die Geltung Seines Gesetzes außer seinem Grenzen fordern.”²⁹⁷

De soevereiniteitsgedachte was evenwel niet het eindpunt doch slechts het beginpunt van Von Savigny’s bespiegelingen over het conflictenrecht. Zij kon namelijk tot gevolg hebben:

“daß allen Richtern des Landes vorgeschrieben würden, die ihnen vorkommenden Rechtsverhältnisse lediglich nach dem einheimischen Rechte zu entscheiden, unbekümmert um die vielleicht abweichenden Bestimmungen irgend eines fremden Rechtes, mit dessen Landgebiet etwa das streitige Rechtsverhältniß in Berührung gekommen sein möchte.”²⁹⁸

wetenschappelijke en openbare functies vervuld, zoals “Mitglied des preußischen Justizministeriums”, “Mitglied des Obertribunals für die Rheinprovinzen” en “Mitglied der Kommission für die Revision”. In 1842 benoemde koning Friedrich Wilhelm IV van Pruisen hem tot “Großkanzler” en “Minister für Revision der Gesetzgebung”. Die positie bekleedde hij tot 1848 toen in Pruisen in navolging van Frankrijk en andere Europese landen ook daar de revolutie uitbrak en hij vrijwillig terugtrad. Von Savigny’s grootste bijdrage aan de rechtsgeleerdheid lag echter niet op het politieke of het bestuurlijke vlak maar veeleer op het wetenschappelijke vlak. Zo publiceerde hij vele essays en boeken waarmee hij een grote bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het continentale (internationaal) privaatrecht. Von Savigny’s *magnum opus* is ongetwijfeld zijn “System des heutigen römischen Rechts”.

²⁹⁷ Von Savigny 1849, p. 24-25, waarbij Von Savigny opvallend genoeg ook verwees naar Huber.

²⁹⁸ Von Savigny 1849, p. 26.

Zo'n rechtsregel kwam men echter nergens tegen, aldus Von Savigny.²⁹⁹ Dat zou komen omdat mensen ervan doordrongen zouden zijn geraakt dat zo'n stringente regel niet te handhaven viel en zij doorhadden dat zij meer baat hebben bij het 'tegenovergestelde'. Dat tegenovergestelde werkte Von Savigny vervolgens uit en het doel van het conflictenrecht was voor Von Savigny het scheppen van rechtszekerheid in het internationale rechtsverkeer door een optimale "*Entscheidungsharmonie*".³⁰⁰ Partijen moeten weten waar ze aan toe zijn:

"Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde."³⁰¹

Uit deze passage kan ook worden afgeleid dat Von Savigny een universeel internationaal privaatrecht voorstond.³⁰² Het zou namelijk niet moeten uitmaken welke rechter over het probleem zou oordelen.³⁰³ In zijn zoektocht naar de optimale "*Entscheidungsharmonie*" hanteerde Von Savigny vervolgens de premisse dat het volk en niet de staat het privaatrecht maakt.³⁰⁴ Het maken van privaatrechtelijke wetten behoorde zijns inziens namelijk niet tot de soevereine bevoegdheid van de staat. Von Savigny stelde dan ook dat "*der eigentliche Sitz der Rechts das gemeinsame Bewusstsein des Volkes*"³⁰⁵ is. Het recht werd:

"erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkühr eines Gesetzgebers."³⁰⁶

Recht is in de opvatting van Von Savigny dus evolutionair, verandert geleidelijk en wordt niet kunstmatig gecreëerd.³⁰⁷ De staat tekent het privaatrecht zodoende enkel op. Daarmee wordt de staat bij het wetgevingsproces naar de achtergrond verdrongen. Nu privaatrechtelijke rechtsregels losgekoppeld zijn van staten is hun geldingsbereik in beginsel grenzeloos.³⁰⁸ Het past derhalve niet om die rechtsregels ruimtelijk af

²⁹⁹ Von Savigny 1849, p. 26.

³⁰⁰ Von Savigny 1849, p. 26-27.

³⁰¹ Von Savigny 1849, p. 27.

³⁰² In gelijke zin onder meer Vischer, p. 32.

³⁰³ Zie ook Hartley 2006, p. 26-27.

³⁰⁴ In gelijke zin Steenhoff, p. 12.

³⁰⁵ Von Savigny 1828, p. 11.

³⁰⁶ Von Savigny 1828, p. 14.

³⁰⁷ Valkhoff, p. 478, die Von Savigny's gedachten over de oorsprong van het recht als romantisch bestempelde.

³⁰⁸ Deelen 1980, p. 5.

te bakenen of de statelijke soevereiniteit op de eerste plaats te stellen. Von Savigny zocht de grondslag van het conflictenrecht om die reden ook niet in het nationale domein, maar in iets bovenstatelijks.³⁰⁹ Hij vond haar in de:

“Völkerrechtliche Gemeinschaft der mit einander Verkehrenden Nationen”³¹⁰

Het is aldus de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren, die vorm wordt gegeven in het volkerenrecht, die als grondslag dient voor het conflictenrecht.³¹¹ Wat dat betreft kan worden gesteld dat Von Savigny aansloot bij Huber, nu beiden meenden dat het conflictenrecht een internationale grondslag zou hebben.³¹² Het heeft er daarbij alle schijn van dat Von Savigny de toepassing van vreemd recht als een rechtsplicht aanmerkte,³¹³ zij het dat deze indruk zich moeilijk laat verifiëren aangezien het rechtsverband tussen de gemeenschap van de met elkaar verkerende volkeren en de erkenning van het vreemde recht geheel zwevend bleef.³¹⁴ Zo kon Kollewijn bijvoorbeeld stellen dat hij in Von Savigny's boek geen rechtsplicht voor staten las om vreemd recht toe te passen.³¹⁵ Bovendien heeft Von Savigny geen concrete regels aangewezen op grond waarvan staten verplicht zouden zijn om vreemd recht toe te passen. Latere rechtsgeleerden zouden daar, zoals in hoofdstuk 3 nog zal blijken, gretig gebruik van maken om Von Savigny's internationale benadering te ondermijnen.

De eis van Von Savigny dat de conflictenrechtelijke oplossingen moeten voldoen aan de eisen die de met elkaar verkerende volkeren stellen zou enerzijds zijn ingegeven door de Christelijke moraal en anderzijds door het werkelijke voordeel dat er mee te behalen viel.³¹⁶ Nu Von Savigny zo expliciet spreekt over de Christelijke moraal als aanjager van het conflictenrecht zou kunnen worden gesteld dat Von Savigny slechts oog had

³⁰⁹ Zie hieromtrent ook Strikwerda 1978, p. 118-121.

³¹⁰ Von Savigny 1849, p. 27. Zie voor een Engelse vertaling Guthrie, p. 70, waar hij spreekt van: “international common law of nations having intercourse with one another”.

³¹¹ Zie hieromtrent onder meer Kusters 1908, p. 16-17, Josephus Jitta 1919, p. 1, Kegel 1989, p. 53 respectievelijk Michaels, p. 127.

³¹² Scholten, p. 74. Zie ook Van Apeldoorn 1955, p. 233, die in dit verband de stelling poneerde dat Von Savigny Hubers leer overnam

³¹³ Zie Scholten, p. 74-75, Van Apeldoorn 1955, p. 233 en Asser/Vonken 10-I, 287, die stellen dat Von Savigny een rechtsplicht op staten legde om vreemd recht toe te passen.

³¹⁴ Strikwerda 1978, p. 119.

³¹⁵ Kollewijn 1946, p. 168

³¹⁶ Von Savigny 1849, p. 27. Daar stelde hij: “unter dem Einfluss theils des gemeinsamen christlichen Gleichstellung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht.”

voor een gemeenschap van volkeren die was gebaseerd op het christendom.³¹⁷ Dat zou weer betekenen dat hij slechts oog had voor de inwisselbaarheid van wetten uit landen waar het christendom de leidende godsdienst was. Von Savigny's stelsel was dan ook eurocentrisch en niet geheel geseculariseerd.³¹⁸ Zijn procedé wordt vandaag de dag echter breder getrokken. Zo wordt veelal aangenomen dat alle rechtssystemen gelijkwaardig en inwisselbaar zijn, zodat zij allen in beginsel voor gelijke toepassing in aanmerking komen.³¹⁹ Alle rechtssystemen hebben in de woorden van Deelen derhalve gelijke kans om tot *lex causae* te worden gepromoveerd.³²⁰

De wijze waarop Von Savigny vervolgens het toepasselijke recht bepaalde, gold zowel voor interne (federale) wetsconflicten als voor externe wetsconflicten waarbij gekozen moest worden tussen rechtssystemen van verschillende staten. Von Savigny ontkende derhalve een wezenlijk onderscheid tussen het internationaal en interregionaal privaatrecht.³²¹ Hij stelde het aldus:

“Auf diesem Wege kommen wir dahin, die Collision der Territorialrechte unabhängiger Staaten, von welcher gegenwärtig die Rede ist, wesentlich nach denselben Grundsätzen zu behandeln, welche für die Collision verschiedener Particularrechte desselben Staates gelten (§ 347), und diese Gleichstellung ist für die gesammte folgende Untersuchung Maaßgebend.”³²²

Voor het bepalen van het toepasselijke recht stelde Von Savigny vervolgens de rechtsverhouding voorop. Daarmee is de rechtsverhouding – en niet de rechtsregel – leidend geworden, terwijl tegelijkertijd de rechtsregel een lijdelijk karakter heeft gekregen. Von Savigny's vraagstelling luidde dan ook: waar (lees: bij welk recht) moet de rechtsverhouding gezien haar aard worden ondergebracht?³²³ Aldus wordt vanuit de rechtsverhouding het toepasselijke rechtstelsel opgespoord. Daarbij is het irrelevant of men de inhoud van de toe te passen rechtsregel(s) wel of niet op voorhand kent.³²⁴ Zijn methode is dus gericht op het lokaliseren

³¹⁷ Zie ook Kusters/Dubbink, p. 70, waar gesproken wordt van een gemeenschap van beschaafde volkeren.

³¹⁸ Jessurun d'Oliveira 1976, p. 6.

³¹⁹ Zie Strikwerda 1978, p. 120.

³²⁰ Deelen 1980, p. 7.

³²¹ Zie ook Strikwerda 1978, p. 20.

³²² Von Savigny 1849, p. 27.

³²³ Deelen 1980, p. 6.

³²⁴ Zie ook Ten Wolde 2011, p. 616.

van de *Sitz* van een internationale rechtsverhouding en niet op het afbakenen van het internationale toepassingsbereik van materieel recht.³²⁵ Schematisch kan Von Savigny's conflictenrechtelijke procedé als volgt worden weergegeven: rechtsverhouding → recht → rechtsregel. Daarin zit ook de grootste en blijvende verdienste van Von Savigny voor het systeem van het (Europees) internationaal privaatrecht.³²⁶

Uit het voorgaande volgt dat er een scala aan mogelijke toepasselijke rechtsstelsels zijn, maar dat op grond van Von Savigny's verwijzingsprocedé slechts één rechtsstelsel van toepassing is. Dat is het meest geëigende recht. Elke rechtsverhouding moest volgens Von Savigny namelijk worden ondergebracht bij het meest geëigende recht. Of in zijn eigen woorden:

“die gesammte Aufgabe dahin geht, daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat).”³²⁷

Von Savigny onderscheidde in § 361 van zijn “System des heutigen römischen Rechts” vijf klassen van rechtsverhoudingen als startpunt voor het bepalen van het meest geëigende recht. Rechtsverhoudingen hebben in grote lijnen betrekking op (i) de (status van de) persoon, (ii) goederen, (iii) verplichtingen, (iv) vererving of (v) familie. De laatste klasse verdeelde hij weer onder in (a) huwelijk, (b) ouderlijk gezag en (c) voogdij. Maar daar stopte Von Savigny niet. Hij onderscheidde vervolgens namelijk vier elementen die karakteristiek zouden zijn voor voornoemde rechtsverhoudingen. Het gaat dan om: (i) persoon, (ii) goed, (iii) handeling en (iv) rechtsgeding.³²⁸ Elk element heeft op zijn beurt zijn eigen “*Berührung*” of “*Beziehung*”. In navolging van Kahn en Niemeyer spreekt men thans van aanknopingspunt of –factor.³²⁹ Elk aanknopingspunt leidt op zijn beurt naar het meest geëigende recht. Von Savigny werkte dit eveneens uit in § 361. Voor de persoon gold de woonplaats als het aanknopingspunt. Voor het goed was de ligging het aanknopingspunt.³³⁰ Voor de handeling (verplichting) gold de plaats waar zij is verricht als aanknopingspunt. Bij een rechtsgeding was de plaats van het forum het aanknopingspunt. Von Savigny's conflictenrecht is in de kern derhalve

³²⁵ De Boer 1993, p. 3.

³²⁶ In gelijke zin Gamillscheg, p. 254.

³²⁷ Von Savigny 1849, p. 28 en 108.

³²⁸ Deelen 1980, p. 7.

³²⁹ Deelen 1980, p. 28, voetnoot 26.

³³⁰ Von Savigny maakt geen onderscheid tussen onroerende en roerende goederen.

niet meer dan een verwijzingsprocedé: een rechtsverhouding wordt beheerst door het recht van het land waaraan zij door het bepalende element met behulp van een aanknopingsfactor wordt gekoppeld.

Het is bovendien betrekkelijk eenvoudig om aan de hand van een aanknopingsfactor het toepasselijke recht te bepalen³³¹ en met zijn procedé heeft Von Savigny dan ook het fundament gelegd voor de moderne multilaterale methode,³³² die vanwege diens relatieve eenvoud een groot succes is geworden en die het conflictenrechtelijk denken in Europa vanaf 1849 heeft bepaald. Sommigen noemden zijn werk *epochal*.³³³ Anderen meenden dat Von Savigny met zijn werk een *Kopernikanische Wende*³³⁴ teweeg heeft gebracht.³³⁵ Daarbij kan worden opgemerkt dat Von Savigny in § 361 zelf nog de stelling betrok dat de oudere statutistische methode niet moest worden verworpen als geheel fout. Zo had die methode namelijk ook goede aspecten en bood zij tevens een aantal juiste oplossingen. Zij was echter niet compleet en bovendien dubbelzinnig. Daarom volstond zij niet ter beslechting van wetsconflicten. Desalniettemin moesten beide methoden – vanuit de rechtsregel naar de bestreken rechtsverhouding en vanuit de rechtsverhouding naar de toepasselijke regels³³⁶ – volgens Von Savigny naar dezelfde uitkomst leiden. Hij stelde het aldus:

“Beide Arten, die Frage aufzufassen, sind nur im Ausgangspunkt verschieden. Die Frage selbst ist hier und dort dieselbe, und die Entscheidung kann in beiden Fällen nicht verschieden ausfallen.”³³⁷

Bij de uitwerking van zijn methode was Von Savigny evenwel verre van volledig. Hij werkte het verwijzingsprocedé namelijk slechts uit voor een beperkt aantal rechtsverhoudingen en liet het verder aan de wetenschap. Daarbij ging Von Savigny voorbij aan de wil van partijen. Partijautono-

³³¹ Ter bevordering van de doelmatigheid van het conflictenrecht wordt wel betoogd dat de aanknopingsfactor moet aansluiten bij een aspect van de rechtsverhouding dat zonder al te veel moeite en ruimte voor discussie valt vast te stellen, aldus Knot, p. 6.

³³² Zie onder meer Vischer, p. 35-36 en Juenger 2000, p. 292-293.

³³³ Juenger 2005, p. 38.

³³⁴ Neuhaus 1949, p. 366.

³³⁵ Laurent meent daarentegen dat Von Savigny deze eer niet verdient. Zijn gedachten zouden namelijk niet meer zijn dan uitwerkingen van de gedachten van zijn voorgangers. Zie Laurent, p. 613 e.v.

³³⁶ Strikwerda 1978, p. 113.

³³⁷ Von Savigny 1849, p. 3.

mie in de moderne zin des woords werd door Von Savigny namelijk niet erkend.³³⁸

In de regel wordt Von Savigny's verwijzingsprocedé gekarakteriseerd als zijnde indirect, neutraal en abstract.³³⁹ Het wordt indirect genoemd, omdat uit de verwijzingsregel niet direct de oplossing van de rechtsvraag kan worden afgeleid. De verwijzingsregel verwijst (enkel) naar het meest geëigende recht waarin de oplossing moet worden gevonden.³⁴⁰ De rol van het conflictenrecht is daarna uitgespeeld. Het is verder aan het toepasselijke materiële recht. Von Savigny's verwijzingsprocedé geldt als neutraal, omdat alle rechtssystemen in beginsel voor toepassing in aanmerking komen. Het materiële forale recht is in theorie zodoende niet langer verheven boven andere rechtssystemen.³⁴¹ Verder is het verwijzingsprocedé abstract. De inhoud van de materiële rechtsregels is in beginsel niet relevant. Het verwijzingsprocedé is daarmee regelblind geworden. Zelfs wanneer er geen wetsconflict is – dus wanneer de betrokken rechtssystemen dezelfde oplossing in petto hebben³⁴² – moet het verwijzingsprocedé worden gevolgd. Het procedé is bovendien abstract, omdat de uitkomst van de verwijzingsregel in beginsel heilig is. Ook al blijkt uiteindelijk dat het aangewezen recht (bijna) niets van doen heeft met de rechtsverhouding, een correctie blijft achterwege. De verwijzingsregel abstraheert dus van de concrete omstandigheden.³⁴³

Omdat de verwijzingsregel abstraheert van de concrete omstandigheden kan het voorkomen dat het aangewezen recht toch niet geacht kan worden het meest betrokken recht te zijn als de materiële uitkomst van de verwijzing niet als passend wordt ervaren.³⁴⁴ Aldus zou kunnen worden betoogd dat de verwijzingsregel de rechtsverhouding niet naar behoren heeft thuisgebracht en dat het verwijzingsresultaat als onaanvaardbaar moet worden verworpen. In de loop van de twintigste eeuw werd daarom verdedigd dat de blinddoek van Von Savigny weer moest worden afgeworpen om in alle gevallen te kunnen komen tot een passende oplossing. Dat is ook gedeeltelijk gebeurd. Hoewel Von Savigny's verwijzingsstelsel behouden is gebleven – waardoor de inhoud van het materiële

³³⁸ In gelijke zin Bervoets, p. 33 en Nishitani, p. 190-192.

³³⁹ Zie bijvoorbeeld Jessurun d'Oliveira 1976, p. 5 e.v., Strikwerda 1978, p. 128-130, Deelen 1980, p. 7 en Juenger 2005, p. 47, met een verwijzing naar andere auteurs.

³⁴⁰ In de praktijk blijkt het evenwel niet altijd even makkelijk om te bepalen waar een rechtsverhouding zijn 'zetel' heeft.

³⁴¹ Strikwerda 1978, p. 129.

³⁴² *Idem.*

³⁴³ Strikwerda 1978, p. 130.

³⁴⁴ De Boer 1993, p. 5.

recht voor het internationaal privaatrecht in beginsel nog steeds van achtergesteld belang is – zijn in de moderne verwijzingsregels materieelrechtelijke uitgangspunten verwerkt. Ook zijn de moderne regels minder rigide.³⁴⁵ Bovendien voorziet ons conflictenrecht in een aantal correctiemogelijkheden. Dit alles is mede gebeurd onder invloed van de Amerikaanse conflictenrechtelijke revolutie, die aan bod komt in paragraaf 3.4.

Het Savigniaanse verwijzingsprocedé gold evenwel niet onverkort. Rechtsregels “*deren besondere Natur einer so freien Behandlung der Rechtsgemeinschaft unter verschiedenen Staaten widerstrebt*” waren er namelijk van uitgezonderd.³⁴⁶ Hierbij denkt Von Savigny enerzijds aan “*Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*”³⁴⁷ en anderzijds aan “*Rechtsinstitute eines fremdes Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, die also deswegen auf Rechtsschutz in unserm Staate keinen Anspruch haben*”.³⁴⁸ Bij regels “*von streng positiver, zwingender Natur*” heeft Von Savigny regels op het oog die:

“ihren Grund und Zweck außer dem reinen, in seinem abstracten Dasein aufgefassten, Rechtsgebiet, so dass sie erlassen werden nicht lediglich um der Personen Willen, welche die Träger der Rechte sind.”³⁴⁹

Regels “*von streng positiver, zwingender Natur*” reguleren dus de samenleving. Zij zijn ingegeven door de moraal (“*sittlichen Gründen*”³⁵⁰) of het algemeen belang (“*öffentlichen Wohls*”³⁵¹). Als voorbeelden noemt Von Savigny het verbod op polygamie respectievelijk het verbod voor joden om onroerend goed in eigendom te verwerven. Deze regels zijn zodanig verbonden met de staat waarbinnen ze gelden dat ze niet kunnen werken buiten het grondgebied van de staat die ze heeft uitgevaardigd, terwijl vreemde regels die strijdig zijn met regels “*von streng positiver, zwingender Natur*” tegelijkertijd buiten toepassing dienen te blijven.³⁵² Bij de tweede uitzondering van “*Rechtsinstitute eines fremdes Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, die also deswegen auf Rechtsschutz in unserm Staate keinen Anspruch haben*” gaat het om regels die niet algemeen worden erkend. Daarom hebben zij geen onbeperkte geldingspretentie.

³⁴⁵ Waarover De Boer 1980, p. 788-789 en De Boer 1993, p. 16 e.v.

³⁴⁶ Von Savigny 1849, p. 32.

³⁴⁷ Von Savigny 1849, p. 33.

³⁴⁸ Von Savigny 1849, p. 33.

³⁴⁹ Von Savigny 1849, p. 35-36.

³⁵⁰ Von Savigny 1849, p. 36.

³⁵¹ Von Savigny 1849, p. 36.

³⁵² Zie verder Von Savigny 1849, p. 36, waar hij dit uitwerkt.

Als voorbeelden noemt Von Savigny de burgerlijke dood (die men in Europa op dat moment bijvoorbeeld nog kende in Frankrijk en Rusland) en de slavernij. Alle uitzonderingen hebben gemeen dat zij niet behoren tot “*die sich der für die Collision des örtlichen Rechts im Allgemeinen geforderten Rechtsgemeinschaft aller Staaten entziehen*”.³⁵³ Zij hebben aldus een “*anomale Natur*” en uit voornoemde uitzonderingen volgt dat Von Savigny het belang van (de samenleving van) Pruisen als het er op aankomt in bepaalde gevallen liet prevaleren. Onwelgevallige vreemde rechtsregels hield hij immers buiten de deur. Enerzijds omdat die vreemde rechtsregels strijdig zouden zijn met regels die de samenleving van Pruisen reguleerden. Anderzijds omdat Pruisen geen equivalent zou kennen van die buitenlandse rechtsregels. Ofschoon de soevereiniteit van staten bij zijn methode van ondergeschikt belang was geworden, kon ook Von Savigny, zoals uit zijn uitzonderingen blijkt, het recht van staten om bepaalde onderwerp exclusief zelf te reguleren niet geheel loslaten.

Van Rooij meent in dit verband dat de regels “*von streng positiver, zwingender Natur*” die zijn ingegeven door de moraal in het belang van de persoon zijn geschreven en privaatrechtelijk van aard zijn.³⁵⁴ Regels “*von streng positiver, zwingender Natur*” die zijn geschreven in het algemeen belang en die “*mehr einen politischen, einen polizeilichen, oder ein wirtschaftlichen Character an sich tragen*”³⁵⁵ zouden daarentegen regels van publiekrecht zijn.³⁵⁶ Van Rooij kwam tot dit onderscheid door de analyse die Von Savigny heeft gemaakt in zijn eerste band van zijn “*System des heutigen römischen Rechts*” over het verschil tussen het “*Staatsrecht*” (ook wel “*öffentliche Rechts*” genaamd³⁵⁷) en het “*Privatrecht*”. Von Savigny stelde daarover:

“das erste hat zum Gegenstand der Staat, das heist die organische Erscheinung des Volks: das zweite die gesammtheit der Rechtsverhältnissen, welche den einzelnen Menschen umgeben, damit er in ihnen sein inneres Leben führe und zu einer bestimmten Gestalt bild.”³⁵⁸

Von Savigny gaf zelf evenwel niet aan wat het karakter was van regels “*von streng positiver, zwingender Natur*”. Wel is duidelijk dat het gaat om regels die de samenleving ordenen en dat zij om die reden een territoriaal

³⁵³ Von Savigny 1849, p. 38.

³⁵⁴ Van Rooij, p. 48.

³⁵⁵ Von Savigny 1849, p. 36.

³⁵⁶ Van Rooij, p. 48-49.

³⁵⁷ Von Savigny 1840, p. 27.

³⁵⁸ Von Savigny 1840, p. 22.

begrensde reikwijdte hebben. Ter wille van een groter belang dan dat van de direct betrokken rechtssubjecten konden regels *“von streng positiver, zwingender Natur”* derhalve ingrijpen in het privaatrechtelijke rechtsverkeer. Verder moest aan *“Rechtsinstitute eines fremdes Staates, deren dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, die also deswegen auf Rechtsschutz in unserm Staate keinen Anspruch haben”* eveneens de werking worden ontzegd. Laat ik in dit verband het voorbeeld van de burgerlijke dood dat Von Savigny noemde eens nader onder de loep nemen. Het was een straf neergelegd in het wetboek van strafrecht. Zij kon worden opgelegd na het plegen van ernstige misdaden. In zoverre had de burgerlijke dood een publiekrechtelijk (strafrechtelijk) karakter. De gevolgen van die straf waren evenwel privaatrechtelijk van aard. Nadat de straf was opgelegd, kon de gestrafte in het land waar de straf was uitgesproken namelijk geen bezit meer hebben, was hij handelingsonbekwaam geworden, kon hij niet meer getuigen noch getrouwd zijn, etc. Aangezien Von Savigny (de gevolgen van) de burgerlijke dood niet wilde erkennen in Pruisen, was degene aan wie de straf was opgelegd in Pruisen dus nog steeds handelingsbekwaam, etc.

Opvallend genoeg was Von Savigny ten aanzien van de regels die een *“anomale Natur”* hadden en die buiten zijn verwijzingsprocedé vielen gelijktijdig van mening dat *“in Folge der natürlichen Rechtsentwicklung der Völker, sich fortwährend vermindern werden”*,³⁵⁹ zodat wellicht zou kunnen worden geconcludeerd dat Von Savigny zijn uitzonderingen beschouwde als van voorbijgaande aard.³⁶⁰ Maar op grond waarvan kon Von Savigny dat nu denken? Ten aanzien van *“Rechtsinstitute eines fremdes Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, die also deswegen auf Rechtsschutz in unserm Staate keinen Anspruch haben”* ligt voor de hand wat hij bedoelde. Wetgevingen van staten maken volgens Von Savigny immers een natuurlijke ontwikkeling door als gevolg waarvan anomale regels die niet algemeen erkend kunnen worden vanzelf zouden vervaagen. Aangezien steeds meer regels derhalve zouden gaan behoren tot de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren en wetgevingen van staten in de visie van Von Savigny dus steeds meer op elkaar gaan lijken, ligt het gezien Von Savigny's zienswijze op het recht en de rol van de staat bovendien voor de hand dat Von Savigny eveneens meende dat regels *“von streng positiver, zwingender Natur”* een voorbijgaand karakter zouden hebben, omdat het in zijn visie steeds minder nodig zou zijn dat wetgeving zou moeten worden uitgevaardigd met bijbedoelingen gelegen in de (Christelijke) moraal en het algemeen be-

³⁵⁹ Von Savigny 1849, p. 38.

³⁶⁰ Strikwerda 1978, p. 120.

lang om de waarden en normen van de eigen samenleving te beschermen.

2.8 De gedachten van Mancini

Daarmee ben ik bijna aan het einde gekomen van dit hoofdstuk, zij het dat de theorieën van nog één rechtsgeleerde moeten worden besproken: de Italiaanse advocaat, professor en staatsman Pasquale Stanislao Mancini, die leefde van 1819 tot 1888. Hij is de grondlegger van de Romaanse school en in een tijd van opkomend Italiaans nationalisme hield hij in 1851 zijn beroemd geworden oratie aan de universiteit van Turijn getiteld: “Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti”. Tot aan zijn dood heeft hij zich vervolgens ingezet voor de ontwikkeling van het internationaal privaatrecht en op dat gebied heeft hij ook met regelmaat gepubliceerd.³⁶¹

Net als Von Savigny ging Mancini voor het internationaal privaatrecht uit van een bovenstatelijke volkenrechtelijke grondslag³⁶² en op staten rustte volgens Mancini een rechtsplicht om vreemd recht toe te passen.³⁶³ Uit zeer algemene beginselen konden vervolgens ook voor alle staten geldende regels worden afgeleid.³⁶⁴ Zodoende zou een universeel conflictenrecht ontstaan³⁶⁵ en zouden overal dezelfde conflictregels gaan gelden,³⁶⁶ zodat elk geschil waar het dan ook zou worden afgedaan conflictenrechtelijk gelijk beoordeeld zou worden. Om dat te bespoedigen zouden staten verdragen kunnen en moeten sluiten.³⁶⁷ Daarbij stond het gelijkheidsbeginsel bij Mancini hoog in het aanzien: staten moesten eigen onderdanen en vreemdelingen gelijk behandelen.³⁶⁸ Evenals een individu recht heeft op vrijheid, mits hij die van anderen niet krenkt, zo ook moesten in de grote gemeenschap van het menselijk geslacht door de ene staat de rechten en vrijheden der burgers van een andere staat worden erkend, mits ze voor de rest der mensheid geen nadeel opleveren.³⁶⁹

³⁶¹ In gelijke zin Kusters 1908, p. 17 alsmede De Nova 1966, p. 464 en p. 466.

³⁶² Mancini 1874, p. 224 e.v.

³⁶³ Zie in gelijke zin Gutzwiler 1931, p. 98, Niederer, p. 65-66, De Nova 1966, p. 466 alsmede Kusters/Dubbink, p. 73-74.

³⁶⁴ Kollewijn 1917, p. 6.

³⁶⁵ Zie onder meer Nishitani, p. 92 e.v.

³⁶⁶ In gelijke zin Niederer, p. 65.

³⁶⁷ Mancini 1874, p. 236.

³⁶⁸ Mancini 1874, p. 292, waarover onder meer Jayme 1980, p. 38, Nishitani, p. 88 e.v., Jayme 2006, p. 25 alsmede De Boer 2010, p. 191.

³⁶⁹ Kusters/Dubbink, p. 74.

Aangezien de nationaliteit volgens Mancini aan de basis lag van het internationale recht,³⁷⁰ moest de nationale wet de persoonlijke staat beheersen. De rechten die personen onder hun nationale recht hadden verworven moesten vervolgens overal worden gerespecteerd.³⁷¹ Strikwerda is van mening dat hiermee het nationaliteitsbeginsel in het internationaal privaatrecht is geboren.³⁷² Aanvankelijk had Mancini het pleit wat dat betreft ook beslecht. Zo vond dit beginsel bijvoorbeeld zijn weerslag in de eerste Haagse verdragen en in wetgeving van Europese landen.³⁷³ Niet alleen verdedigde Mancini het nationaliteitsbeginsel, ook was hij een uitgesproken voorstander van partijautonomie.³⁷⁴ Partijen waren vrij om zelf het toepasselijk recht te kiezen dat hun rechtshandeling zou beheersen.³⁷⁵

Het recht dat van toepassing was, kon volgens Mancini vervolgens alleen terzijde worden geschoven als de soevereiniteit van een staat in het geding was,³⁷⁶ hetgeen het geval was als het algemeen belang of de goede zeden onder druk stonden.³⁷⁷ Dat was het geval als het vreemde recht strijdig was met eigen wetgeving dat de samenleving reguleerde. Het ging aldus om "*principe supérieurs de la morale humaine et sociale*", die de economische welvaart en de heersende zedelijke begrippen betroffen.³⁷⁸ Oftewel, regels betreffende de openbare orde.³⁷⁹ Deze regels – die Mancini niet beschouwde als een correctiemechanisme of een verdwijnend fenomeen maar als een intrinsiek onderdeel van het internationaal pri-

³⁷⁰ Mancini 1874, p. 293. Zie hierover bijvoorbeeld Gewutzwiller 1923, p. 150-151 en Nishitani, p. 48 e.v.

³⁷¹ De Boer 2010, p. 192.

³⁷² Strikwerda 2015-I, p. 20.

³⁷³ Ook in niet-Europese landen, zoals Brazilië en Japan, vond het nationaliteitsbeginsel navolging.

³⁷⁴ Zie reeds Mancini 1844, p. 23-26, waarover onder meer De Nova 1966, p. 464 en Nishitani, p. 206 e.v.

³⁷⁵ Mede door Mancini's inspanningen heeft de partijautonomie een plek gekregen in het moderne internationaal privaatrecht. Zo kunnen partijen nu voor tal van situaties het toepasselijke recht kiezen (bijvoorbeeld ook ten aanzien van onrechtmatige daad) en voor onderwerpen waarvoor een rechtskeuze vandaag de dag is toegestaan is het gekozen recht ook het meest geëigende recht. Zonder slag of stoot is dat overigens niet gegaan. Tot in de jaren 70 van de vorige eeuw werd de partijautonomie namelijk nog geregeld verworpen. Ik verwijs in dit verband bijvoorbeeld naar de bundel uit 1974 over de partij-invloed in het internationaal privaatrecht ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Zelfs De Boer was toen nog niet overtuigd. Hij noemde de mogelijkheid van de rechtskeuze een anomalie en een verlegenheidsoplossing, waarover De Boer 1974, p. 70-71.

³⁷⁶ Zie onder meer Kusters 1917, p. 42 en Jayme 1980, p. 3.

³⁷⁷ Mancini 1874, p. 295 e.v.

³⁷⁸ Kusters/Dubbink, p. 74.

³⁷⁹ In gelijke zin Kusters 1908, p. 19, Jayme 1980, p. 3 e.v. alsmede Nishitani, p. 88 e.v.

vaatrecht – werden beheerst door het territorialiteitsbeginsel en konden niet opzij worden gezet.³⁸⁰ Zij waren te allen tijde van toepassing. Zo verhinderde de openbare orde in zijn negatieve functie de toepassing van vreemd recht en hadden regels van openbare orde in hun positieve functie preferentie ten opzichte van het toepasselijke vreemde recht. Zij moesten in plaats van het vreemde recht worden toegepast als het eigen recht dat zo verlangde. De negatieve openbare orde-exceptie is inmiddels verworden tot een hoeksteen van het moderne internationaal privaatrecht. De positieve openbare orde-exceptie is vervangen door de leer van de voorrangsregels.

2.9 De uitwerking van Von Savigny's gedachtegoed

Met voorgaande paragrafen heb ik de historische ontwikkeling van het conflictenrecht in de Westerse wereld vanaf de middeleeuwen in vogelvlucht uiteengezet. Als men door de moderne termen in het internationaal privaatrecht heen kijkt, ziet men in wezen weinig nieuws.³⁸¹ Zo komen oude gedachten en theorieën in een gewijzigde vorm steeds weer terug. Het is wat dat betreft net als met de mode: vooral de details verschillen. Ofschoon er vele criticasters zijn en er zeker wel wat valt af te dingen op Von Savigny's verwijzingsmodel, ligt dat model – vanwege zijn relatieve eenvoud – nog steeds aan de basis van het Europese internationaal privaatrecht. Met behulp van de door hem ontwikkelde methodiek wordt veelal aan de hand van een meerzijdige conflictregel het meest geëigende recht gevonden ten behoeve waarvan bij wijze van uitgangspunt wordt aangenomen dat alle rechtsstelsels op de voet van gelijkwaardigheid voor toepassing in aanmerking komen.

Binnen Von Savigny's methode bestonden er echter ook regels met een "*anomale Natur*" die buiten zijn verwijzingsprocedé vielen, en waarbij de *lex fori* een bevoorrechte positie inneemt, maar Van Savigny bagatelliseerde die uitzonderingen.³⁸² Hij meende namelijk dat zij van voorbijgaande aard waren althans zouden verminderen. Verder zou het niet moeten uitmaken welke rechter zou worden geadieerd. Overal (althans in Christelijk Europa) zou men derhalve aan de hand van dezelfde conflictregels tot dezelfde oplossing moeten komen, een streven dat allesbehalve werkelijkheid is geworden.³⁸³

³⁸⁰ Zie onder meer Strikwerda 1978, p. 134.

³⁸¹ Juenger 2005, p. 43.

³⁸² Strikwerda 1978, p. 120.

³⁸³ Zie hierover nader hoofdstuk 3.

Dat internationale rechtsverhouding altijd bij één recht konden worden ondergebracht was voor Von Savigny destijds een reële en wenselijke vooronderstelling. De vraag is evenwel of rechtsverhoudingen niet ingebed kunnen liggen in meer dan één rechtstelsel. In dat verband merkte Brinz bijvoorbeeld reeds in 1857 op dat internationale rechtsverhoudingen “*entweder überhaupt nicht sitzen, oder auf zwei Stühlen*.”³⁸⁴ Dat rechtsverhoudingen niet altijd eenvoudig kunnen worden thuisgebracht bij één recht blijkt uit het volgende praktijkvoorbeeld. Stel een Amerikaans staatsburger woont in Nederland met zijn Italiaanse vrouw, die in Nederland werkt, en hun 2 kinderen, die in Nederland geboren zijn en hier naar school gaan. De man werkt als sales manager voor een Spaans bedrijf, reist door heel Europa, heeft geen vaste standplaats maar is enkele dagen per maand op het informele saleskantoor dat is gevestigd in een slaperig stadje in het noorden van Frankrijk. De man heeft evenwel geen nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten toen hij promotie maakte naar zijn huidige baan, terwijl de arbeidsovereenkomst die hij had gesloten voor zijn oude functie, toen hij in New York werkte voor de Amerikaanse vestiging van het Spaanse bedrijf, geen rechtskeuze bevatte. Aldus rijst de vraag welk recht of welke rechtsregels de arbeidsrelatie beheersen. Wat dat betreft zou men zich indachtig Brinz’ kritiek en indachtig het statutistische gedachtegoed wellicht kunnen voorstellen dat de verschillende rechtsvragen die kunnen rijzen moeten kunnen worden beantwoord aan de hand van verschillende rechtssystemen. In die zienswijze zou de vraag naar een minimum aantal vakantiedagen derhalve kunnen worden beantwoord door een ander recht dan de vraag of ontslag mogelijk is en op welke wijze en onder welke voorwaarden dat kan geschieden. Dat is evenwel niet de gedachte die Von Savigny voorstond, aangezien de gehele rechtsverhouding wat hem betreft moest worden beheerst door het meest geëigende recht: het recht waarmee de rechtsverhouding het nauwst verbonden is gezien de op die rechtsverhouding toepasselijke aanknopingsfactor. Oftewel, de rechtsverhouding zou wat Von Savigny betreft moeten worden beheerst door het recht van diens *Sitz*.

Desondanks beroepen partijen zich in internationale verhoudingen nog wel eens op een regel uit een ander privaatrecht dan het door het conflictenrecht aangewezen recht. De vraag die dan voorligt is of dat kan, en zo ja, onder welke voorwaarden? Von Savigny zou die vraag ontkennend beantwoorden. Een privaatrechtelijke regel toepassen uit een ander recht dan het meest geëigende recht was namelijk een zonde tegen zijn geest.³⁸⁵ Ook gebeurt het in internationale verhoudingen wel eens dat iemand een

³⁸⁴ Brinz, p. 102.

³⁸⁵ Sauveplanne 1975, p. 114.

beroep doet op een regel van publiekrecht. Daarbij kunnen we ons niet direct verlaten op Von Savigny. Uit de inhoud en systematiek van zijn werk(en) moet immers worden afgeleid dat het publiekrecht buiten zijn verwijzingsprocedé valt. Regels van publiekrecht vielen buiten het onderwerp van zijn werk en kwamen bovendien niet voort uit de gemeenschappelijke wil van het volk. Het publiekrecht betrof immers regels die van bovenaf, door de staat, aan het volk werden opgelegd.³⁸⁶ De verschijningsvormen van het publiekrecht lieten zich evenmin herleiden tot de in zekere zin tijdloze en universele rechtsinstituten die volgens Von Savigny elke rechtsverhouding karakteriseren.³⁸⁷ Regels van publiekrecht behoorden dan ook niet tot de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkeerende volkeren. De vraag wat te doen met het publiekrecht in het conflictenrecht is evenwel relevant omdat het publiekrecht in de huidige door de overheid gemaakte samenleving meer en meer verweven is met het privaatrecht. Zo kan het publiekrecht allerlei verboden en/of verplichtingen opleggen aan en rechten creëren voor private partijen. Heden ten dage is dan ook algemeen geaccepteerd dat de toepassing van regels met een publiekrechtelijk karakter waarvan de gevolgen privaatrechtelijk van aard zijn niet per definitie is uitgesloten³⁸⁸ en dat regels van semi-publiekrecht onder omstandigheden aldus voor toepassing in aanmerking kunnen komen.

³⁸⁶ Van der Plas 2005, p. 207.

³⁸⁷ Strikwerda 1978, p. 134-135.

³⁸⁸ Asser/Vonken 10-I, 472 e.v.

3. DE SOEVEREINITEIT VAN STATEN NADER INGEKADERD

3.1 Inleiding

In lijn met vader en zoon Voet werd vanaf het einde van de 17^e eeuw aangenomen dat het internationaal privaatrecht onderdeel uitmaakte van het nationale recht, zij het dat een staat verplicht kon zijn om vreemd recht toe te passen uit hoofde van een verdrag of een gewoonte, die als een verdragsverplichting moest worden nagekomen. In alle andere gevallen was het evenwel aan de staat zelf om te bepalen of vreemd recht kon worden toegepast.¹ Net als bij de Voeten stond bij Story² en Von Wächter³ ook de soevereiniteitsgedachte voorop. Staten konden volgens hen derhalve bij wijze van uitgangspunt zelf bepalen wanneer vreemd recht geldingspretentie had op hun grondgebied. Tot het midden van de negentiende eeuw vormde deze zienswijze de basis van het westerse conflictenrechtelijke denken, totdat de achtste band verscheen van Von Savigny's "System des heutigen römischen Rechts".⁴ Von Savigny vond de grondslag voor het internationaal privaatrecht in tegenstelling tot voornoemde wetenschappers doch in lijn met Huber namelijk niet in het nationale recht maar buiten het nationale domein. Hij verhief het conflictenrecht dan ook naar het bovenstatelijke plan: uit hoofde van de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren zouden staten elkaars recht toepassen. In het vervolg van dit hoofdstuk ga ik nader in op de ontwikkeling die het denken over de grondslag van het internationaal privaatrecht heeft doorgemaakt sinds Von Savigny. Daarbij zoek ik naar antwoorden op de volgende twee vragen: (i) vindt het internationaal privaatrecht zijn grondslag in een supranationale bron recht of niet en (ii) zijn staten wel of niet vrij om zelf te bepalen wanneer vreemd privaatrecht mag worden toegepast?

3.2 Internationaal privaatrecht vindt zijn grondslag in het internationale domein

3.2.1 Inleiding

Vanaf het midden van de negentiende eeuw was in de rechtswetenschappelijke literatuur de gedachte verankerd geraakt, zoals hierna nader zal blijken, dat het internationaal privaatrecht onderdeel was van het

¹ Zie uitgebreid paragraaf 2.3.7.2 en paragraaf 2.3.7.3(b).

² Voor de ideeën van Story verwijs ik naar paragraaf 2.4.3.

³ Voor de gedachten van Von Wächter verwijs ik naar paragraaf 2.6.3.

⁴ Zie nader paragraaf 2.7.

internationale recht. Een recht dat één en ondeelbaar was; bindend voor alle staten.⁵ Staten bleven in de praktijk echter halsstarrig vasthouden aan hun prerogatief om zelf te bepalen wanneer vreemd recht wel en wanneer vreemd recht niet mocht worden toegepast op hun grondgebied.⁶ Wat dat betreft lagen praktijk en theorie dus behoorlijk ver uit elkaar. Organisaties als het “Institut de droit International”, welk instituut in 1873 werd opgericht, brachten in dat opzicht weinig verandering, ondanks de inspanningen van zijn oprichters.⁷ Zij hadden als één van de (idealistische) doelen gesteld om: “*En travaillant à formuler les principes généraux de la science de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé*”.⁸ Daarbij wilde men zich volgens Koskenniemi binnen het instituut bezig houden met alles wat viel onder het “*esprit d'internationalité*” van die tijd.⁹ Ofschoon de oprichting van het instituut hoofdzakelijk was ingegeven door de verschrikkingen van de Frans-Pruisische oorlog van 1870-1871¹⁰ en de oprichters in de eerste plaats regels wilden opstellen om de geciviliseerde wereld te behoeden voor zulke verschrikkingen,¹¹ was het blikveld van de elf oprichters daartoe niet beperkt. Zo debatteerden zij ook over de vraag hoe internationale privaatrechtelijke rechtsverhoudingen moesten worden gereguleerd.¹² Dat hun blikveld zo breed strekte, was voor hen overigens geen onderwerp van discussie. De vraag welk recht in internationale privaatrechtelijke verhoudingen moest worden toegepast sproot huns inziens namelijk voort uit een belangenconflict tussen soevereine staten.¹³ Zo gezien was de vraag naar het toepasselijke recht in internationale privaatrechtelijke rechtsverhoudingen een probleem van internationaal recht.¹⁴ De oprichters beschouwden publiek- en privaatrecht dan ook als een eenheid,¹⁵ die moest worden beschouwd als een weerspiegeling van één kosmopolitische geciviliseerde Europese

⁵ Kusters 1917, p. 14.

⁶ Zelfs de Duitse wetgever stelde zich, in weerwil van al die Duitse rechtsgeleerden, op het standpunt dat staten zelf hun internationaal privaatrecht mochten bepalen, waarover onder meer Kahn, p. 270 en Kusters/Dubbink, p. 87.

⁷ Zie http://www.idi-iil.org/idiE/navig_history.html.

⁸ http://www.idi-iil.org/idiF/navig_statuts.html.

⁹ Koskenniemi, p. 16.

¹⁰ http://www.idi-iil.org/idiE/navig_history.html.

¹¹ Ook vandaag de dag wordt algemeen aangenomen dat verdergaande samenwerking (en intergratie) van staten een doel is om na te streven. Die mening wordt evenwel niet door iedereen gedeeld. Zo verdedigt Thierry Baudet in zijn proefschrift uit 2012, getiteld: “The significance of borders. Why representative government and the rule of law require nation states” bijvoorbeeld het tegendeel.

¹² De eerste resolutie had het internationaal privaatrecht als onderwerp. Zie voor een overzicht van alle resoluties: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_res_chron.html.

¹³ Koskenniemi, p. 16.

¹⁴ Jayme 2006, p. 26.

¹⁵ Mansel 2006, p. 96.

samenleving.¹⁶ Daardoor heeft het er ook alle schijn van dat de oprichters van het Institut de droit International zich ten aanzien van hun maatschappij- en rechtsbeeld hadden laten inspireren door Von Savigny en diens Historische school.¹⁷ Volgens Von Savigny vond het recht namelijk zijn oorsprong niet in de statelijke macht, was het geldingsbereik van privaatrechtelijke wetten in beginsel grenzeloos en moesten de maatschappijen van alle beschaafde (Christelijke) staten als een gemeenschap worden beschouwd, in het licht waarvan Von Savigny vervolgens kon stellen dat de grondslag van het internationaal privaatrecht zou volgen uit de gemeenschap van de met elkaar verkerende volkeren. Gezien het feit dat na Von Savigny een periode in de rechtswetenschap aanbrak, waarin de gedachte, dat de grondslag van het internationaal privaatrecht gevonden kon worden in een bovenstatelijke bron, de overhand had, beschouw ik Von Savigny als de grondlegger van wat ik hierna de Volkenrechtelijke stroming zal noemen.¹⁸

3.2.2 *De Volkenrechtelijke stroming*

De Volkenrechtelijke stroming vond haar aanhangers vooral in Italië, Duitsland, Frankrijk, België, Zwitserland en Nederland. Hierna zal ik in chronologische volgorde de gedachten weergeven van enkele rechtsgeleerden wier ideeën een weerspiegeling vormen van het internationalistische denken dat de Volkenrechtelijke stroming kenmerkt en die hebben bijgedragen aan een vernieuwende gedachtevorming.

3.2.2.1 *Hamaker*

In Nederland heeft het volkenrechtelijke gedachtegoed reeds vroeg navolging gevonden bij Hamaker. Hij werd in 1877 benoemd tot hoogleraar in Utrecht. In die hoedanigheid hield hij zich onder meer bezig met het internationaal privaatrecht, dat hij tot zijn dood in 1911 bleef doceren.¹⁹ Volgens Hamaker was het internationaal privaatrecht noodzakelijk omdat het recht van staten verschilt.²⁰ Als oplossing wilde hij iedere handeling, ieder rechtsfeit brengen onder de heerschappij van één bepaalde

¹⁶ Koskenniemi, p. 37.

¹⁷ Zie Kusters 1912, p. 53 e.v. en Haferkamp, p. 248 e.v.

¹⁸ De geleerden, die tot deze stroming konden worden gerekend, werden ook wel internationalisten genoemd.

¹⁹ Steenhoff, p. 45.

²⁰ Hierbij verwijst Hamaker naar Baco. In navolging van hem stelt hij (p. 9): *“Er is in de natuur een bron van rechtvaardigheid, waaraan alle bijzondere wetten haar oorsprong ontleenen als zovele beeken. En gelijk deze de kleur aannemen van den bodem, waarover ze zich een weg banen, zoo verschillen ook de wetten naar het land, waar ze gelden.”*

wet.²¹ Daarbij verwierp hij de statutenleer als onjuist, aangezien haar filosofische grond onwaar was en haar regelen onpraktisch waren. Ook verwierp Hamaker een nationale grondslag voor het conflictenrecht. In het gewoel der beschaafde volkeren zou de mensheid namelijk één geheel vormen en is de aarde, althans het beschaafde deel der aarde, één groot rechtsgebied. In dat gebied golden naast elkaar tal van wetgevingen die allen gelijke aanspraak hadden op toepassing, omdat zulks in het belang was van het grote rechtsgebied.²² Om het internationaal privaatrecht te laten werken, moest dan ook een set regelen worden aangewezen aan de hand waarvan de meest geëigende wet kon worden gevonden, ongeacht welke rechter zich over de zaak zou buigen. Derhalve diende men zich volgens Hamaker niet meer te buigen over de vraag hoe het onderwerp in dit of dat land geregeld moet worden. Er behoorde namelijk geen regel meer te worden goedgekeurd als zij niet geschikt is om in een algemene en voor alle volkeren geldende wet te worden opgenomen:

“Er is ééne zaak, die meer dan alle andere voor het internationaal privaatrecht levensquaestie is, ja die de regeling van de voor ieder geval toepasselijke wetgeving eigenlijk eerst tot een internationaal privaatrecht verheft. Die zaak is eenheid. Alleen door haar verkrijgt het internationaal verkeer dat wat het boven alles behoeft, zekerheid. Alleen zij kan ons recht geven te spreken van een alle landen omvattend en hunne wetgevingen tot één geheel verbindend internationaal privaatrecht. Wat ook in de wetgevingen der onderscheidene landen moge verschillen, op de vraag hoever hare heerschappij zich uitstrekt, moet overal hetzelfde antwoord gegeven worden. Wie haar tracht op te lossen, moet zich bewust zijn internationale niet nationale belangen te behandelen.

Welnu, vroeger werd dit algemeene karakter der quaestie maar al te veel voorbijgezien. De groote Amerikaanse jurist Story verweet den rechtsgeleerden te recht, dat zij de leerstukken der algemeene overal toepasselijke wetenschap niet genoeg scheiden van die, welke alleen gegrond zijn in bijzondere nationale belangen en hunne eigene particuliere wetgeving. Thans echter staat juist dat universeele, dat aan tijd noch plaats gebundene in de wetenschap op den voorgrond. De vraag welke de rechtsgeleerden zich stellen, is niet meer, hoe behoort het onderwerp in dit of dat land geregeld te worden, maar, welke zijn de beginselen die overal gelden moeten. Zij houden zich aan de les van Von Savigny en keuren geen regel goed, die niet geschikt zou

²¹ Hamaker 1878, p. 17.

²² Hamaker 1883, p. 25-26.

zijn in eene algemeene voor alle geldende wet te worden opgenomen. Komen zij zoo somtijds tot een resultaat, dat voor hun eigen land minder voordelig schijnt, zij getrootsten het zich, omdat zij begrijpen, dat het grote doel, eenheid, niet te verkrijgen is, indien niet ieder op zijn beurt tot opoffering bereid is.

Met deze nieuwe beschouwingswijze is de weg tot een waarlijk internationaal privaatrecht gebaad. In haar hebben we den grooten vooruitgang te begroeten, dien de laatste tijd ons bracht. [...] Dan eindelijk zullen we bezitten, wat we nog nooit bezaten, naast de veelheid van wetgevingen een stel regelen, dat ze verbindt tot één harmonisch geheel.”²³

3.2.2.2 Asser

Net als Hamaker was ook Asser een aanhanger van het gedachtegoed van Von Savigny,²⁴ maar dat zal weinig verbazing wekken, aangezien Asser één van de oprichters was van het Institut de droit International en hij voorts de grote initiator was van de “Conférence de la Haye de droit international privé”.

Asser meende dat het internationaal privaatrecht onderdeel uitmaakte van het internationale recht. De kerntaak van het internationaal privaatrecht was dan ook om te reguleren wanneer een staat inbreuk op zijn soevereiniteit moest dulden. Daarbij wilde Asser vooral het internationale (handels)verkeer van burgers vergemakkelijken. Obstakels moesten worden weggenomen. Dat kon alleen door de internationale en niet de nationale orde als uitgangspunt te nemen. Eenheid zou bij uitstek worden bereikt door materiële wetgeving te unificeren, maar dat leek Asser onhaalbaar.²⁵ Harmonisatie van internationaal privaatrecht was derhalve het beste alternatief, aldus Asser in zijn artikel in het “Revue de droit international et de législation comparée” uit 1880.²⁶

In zijn “Schets van het Internationaal Privaatregt”, dat eveneens in 1880 verscheen, verdedigde Asser het volkenrechtelijke gedachtegoed met verve.²⁷ Daarbij verwierp hij de *comitas*leer uitdrukkelijk. Bij die opvatting zou het internationale privaatrecht namelijk op een “bijzonder zwak-

²³ Hamaker 1878, p. 27-28.

²⁴ Zie hierover onder meer Gewutzwiler 1923, p. 135. Opvallend was daarbij dat Asser een voorstander was van het nationaliteitsbeginsel en hij de woonplaats als aanknopingspunt in beginsel verwierp.

²⁵ Asser 1880-I, p. 5, waarover ook Steenhoff, p. 55-56.

²⁶ Asser 1880-I, p. 5, waarover ook Van Loon 2012, p. 359.

²⁷ Zie hierover onder meer Eyffinger, p. 30 e.v.

ken bodem rusten".²⁸ Zo zou het volgens hem van de willekeur van de rechter afhangen welk recht zou worden toegepast.²⁹ Het heeft er evenwel alle schijn van dat Asser hiermee in de eerste plaats voorbij is gegaan aan het gedachtegoed van Huber. Volgens laatstgenoemde bestond er immers een rechtsplicht om vreemd recht in beginsel toe te passen als het voorliggende geval daarom vroeg.³⁰ In de tweede plaats was er bij de Voeten evenmin sprake van willekeur.³¹ Uitgangspunt bij hen was namelijk de toepassing van het eigen recht, tenzij een geschreven regel, een verdrag of een gewoonte, die als een verdragsplicht moest worden nagekomen, de toepassing van vreemd recht meebracht.³² Doordat Asser het voorgaande in het midden heeft gelaten, kon hij voorts stellen dat het onhoudbaar was om de rechter uit welwillendheid bevoegd te achten om vreemd recht toe te passen. Was hij namelijk niet verplicht om vreemd recht toe te passen, dan zou hij daartoe volgens Asser ook niet bevoegd zijn.³³ Het ene sluit het andere vandaag de dag evenwel niet per se uit. Ik denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft of wanneer hij een (echte) welwillendheidsbeslissing wijst. Wat dat laatste betreft kan heden ten dage bijvoorbeeld worden gedacht aan de benoeming van een bindend adviseur. Hoewel algemeen wordt aangenomen dat daarvoor geen juridische grondslag bestaat, kunnen rechters dat wel uit welwillendheid.³⁴ Wat daarvan verder ook zij, Assers betoog valt te verklaren als men bedenkt dat het vreemde recht in 1880 nog werd beschouwd als feit, dat rechters, gelijk het conflictenrecht, niet ambtshalve mochten toepassen en Asser zijn tijdgenoten kennelijk wilde overtuigen van de noodzaak daartoe.³⁵

Geheel in lijn met het voorgaande en in navolging van Von Bar – wiens ideeën in de volgende paragraaf kort worden besproken – betoogde Asser dan ook dat een rechter niet alleen zijn eigen materiële recht moest toepassen. Het voeren van een proces had namelijk niet ten doel nieuwe rechten in het leven te roepen. Het proces moest slechts bestaande rechten erkennen.³⁶ Om dat te bereiken moest de rechter, ook bij het ontbreken van positieve wetsvoorschriften, op basis van algemene rechtsbegin-

²⁸ Asser 1880-II, p. 20.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Zie paragraaf 2.3.7.3(a).

³¹ Zie uitgebreid paragraaf 2.3.7.3(b).

³² Zie paragraaf 2.3.7.2 en paragraaf 2.3.7.3(b).

³³ Asser 1880-II, p. 20.

³⁴ Vergelijk bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2003, *JBP* 2003, 74, m.nt. Kortmann (*De Beer Groep/Janssen*).

³⁵ Zie over deze ontwikkeling paragraaf 4.3.1 en paragraaf 4.4.

³⁶ Asser 1880-II, p. 20.

selen onderzoeken naar welk recht het geding behoort te worden beslecht.³⁷ Daarbij propageerde Asser een universele zoektocht naar voor-
 noemde algemene beginselen, opdat een wereldwijde harmonisatie van
 conflictregels zou kunnen worden gerealiseerd.

3.2.2.3 *Von Bar*

Net als Asser was Von Bar aan het begin van de jaren negentig van de
 negentiende eeuw stellig in zijn overtuiging dat het internationaal pri-
 vaatrecht behoorde tot het internationale recht.³⁸ Zo kon het internatio-
 naal privaatrecht zijns inziens niet alleen afhankelijk zijn van de wille-
 keurige zienswijze van de verschillende staten.³⁹ Hij waarschuwde dan
 ook voor de valse indruk, die langzaam leek post te vatten, dat interna-
 tionaal privaatrecht alleen deel uitmaakt van het recht van de te onder-
 scheiden staten. Dat was wat hem betreft dus niet het geval. Het interna-
 tionaal privaatrecht zou namelijk onderdeel zijn van iets omvangrijkers,
 een overkoepelend recht. Het effect van wetgeving op rechtsverhoudin-
 gen die te herleiden zijn tot verschillende staten moest volgens Von Bar
 derhalve worden bepaald door de eisen van een ordentelijke en recht-
 vaardige interactie tussen de verschillende staten en het respect dat zij
 elkaar onderling moesten betonen.⁴⁰ Deze opvatting past ook helemaal bij
 zijn eerdere stelling, die Asser bijna woordelijk tot de zijne heeft ge-
 maakt, dat:

“Dieser Einwand wird durch den bei allen civilisirten Völkern
 anerkannten Rechtsgrundsatz widerlegt, dass der Process nicht
 neue Rechte schaffen, sondern vorhandene klar stellen soll.”⁴¹

3.2.2.4 *Zitelmann*

Zitelmann presenteerde de gedachte dat het internationaal privaatrecht
 tot het volkenrecht behoort in 1897 op zijn eigen originele wijze.⁴² Zo was
 het volkenrecht zijns inziens de basis van het internationaal privaatrecht:

“Man darf wohl ohne weiteres sagen: es giebt entweder über-
 haupt keine allgemeinen Prinzipien des internationalen Privat-
 rechts, die etwas anderes sind als mehr oder minder willkürli-

³⁷ *Idem.*

³⁸ Von Bar 1892, p. 6.

³⁹ Von Bar 1892, p. 2.

⁴⁰ Von Bar 1892, p. 3.

⁴¹ Von Bar 1862, p. 58.

⁴² Zitelmann, p. 41.

che Vorschläge, oder die können unmittelbar aus dem vorhandenen Völkerrecht abgeleitet werden.”⁴³

Daarbij ging Zitelmann ervan uit dat iedere rechtsstrijd handelde over de vraag of een subjectief recht verkregen of verloren wordt:

“Die rechtliche Macht des Staats kann aber auch an einer anderen Rechtsordnung gemessen werden als seiner eignen: der Staat steht in der völkerrechtlichen Staatengemeinschaft, das Mass seiner Rechtsmacht bestimmt sich nicht allein durch seinen Willen, sondern auch durch die Anerkennung der übrigen Staaten. Setzt nun die Anordnung von Privatrechtswirkungen (Verleihung oder Entziehung subjektiver Privatrechte) zu ihrer Giltigkeit die Gesetzgebungsmacht des verleihenden Staats voraus, so folgt: diese Gesetzgebungsmacht des Staats muss eine völkerrechtlich anerkannte sein, damit die Verleihung und Entziehung des aus ihr abgeleiteten subjektiven Privatrechte ihrerseits völkerrechtlich als rechtsgiltig anerkannt werde.”⁴⁴

Zodoende bepaalde het volkenrecht dus welke subjectieve rechten de staat ter beschikking staan. Zitelmann vatte het als volgt samen:

“Subjektives Privatrecht ist durch das Gesetz des Staats verliehene rechtliche Macht. Nur der Staat kann rechtliche Macht verleihen, und ebenso verliehene wieder entziehen, der selbst rechtliche Macht über das hat, worüber er Macht verleihen oder entziehen will. Und diese rechtliche Macht des Staats muss, um international wirksam zu sein, völkerrechtlich anerkannt sein. Also kann das Gesetz nur desjenigen Staats mit internationaler Wirksamkeit Rechte geben und nehmen (Rechtswirkungen eintreten lassen), der eine völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht entsprechenden Inhalts hat.”⁴⁵

Daarmee is dan de basis gelegd om de problemen op te kunnen oplossen waar het internationaal privaatrecht zich mee bezig houdt:

“Wir stellten uns zur Aufgabe, einen internationalrechtlichen Grundsatz zu finden, der geeignet ist, in allen Staaten gleichmässig anerkannt zu werden, so dass also jeder Staat für einen und denselben konkreten Fall die materiellen Rechtsgrundsätze

⁴³ Zitelmann, p. 25.

⁴⁴ Zitelmann, p. 66.

⁴⁵ Zitelmann, p. 71.

gerade nur eines und desselben bestimmten Staates als massgebend ansieht und verwendet.”⁴⁶

Zo is elk probleem van internationaal privaatrecht terug te voeren tot de volgende vraag:

“Welcher is der Staat, dessen Rechtsordnung völkerrechtlich genommen allein die Macht hatte, ein solches subjektives Recht wie es hier in Frage steht zu verleihen oder zu nehmen?”⁴⁷

De macht van de staat beheerste volgens Zitelmann vervolgens alles wat zich op het grondgebied van de staat bevindt. Of het nu roerende of onroerende goederen of immateriële zaken zijn. De plaatselijke wetgever had ten aanzien daarvan dus absolute macht. Wat de macht van de staat over personen (*Personalhoheit*) betreft moest elke staat in beginsel de persoonlijke status van de persoon erkennen die deze van zijn eigen staat had meegekregen.⁴⁸ Zo kon alleen de nationale wetgever van de betreffende burger voorschriften geven met betrekking tot de staat en bekwaamheid van die burger alsmede hun rechten en plichten. Daarbij was Zitelmann van mening dat er twee typen internationaal privaatrecht bestonden:

“Es giebt demnach zwei Arten von Rechtssätzen, für die beide der Name “Internationales Privatrecht” in Anspruch genommen werden darf: einmal denjenigen Teil des Völkerrechts, welcher die Grenzen der einzelnen staatlichen Gesetzgebungsgewalten, soweit diese Gesetzgebungsgewalt sich auf das Privatrecht bezieht, im Verhältnis zu einander festsetzt: völkerrechtliches oder überstaatlich geltendes International-Privatrecht; sodann diejenigen innerhalb eines bestimmten Staats geltenden Rechtssätze, durch welche der Staat seinen Richtern und weiter allen mit der Entscheidung eines Rechtsfalls von ihm betrauten Personen die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung befiehlt: innerstaatlich geltendes International-Privatrecht.”⁴⁹

Eenzijds zag Zitelmann dus een internationaal privaatrecht, dat onderdeel uitmaakte van het volkenrecht, dat de bevoegdheden van de indivi-

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Zitelmann, p. 123.

⁴⁸ Zie ook Meili, p. 127.

⁴⁹ Zitelmann, p. 73-74.

duale staten afbakende. Anderzijds bestond er volgens Zitelmann ook een statelijk internationaal privaatrecht, dat zijn gebruikers duidelijk maakte welk recht in het voorliggende geval moest worden toegepast. Deze regels betroffen dus een uitwerking op nationaal (intern) niveau van eerstgenoemde volkenrechtelijke regels.

3.2.2.5 *Een kort intermezzo*

Het idee dat de grondslag van het internationaal privaatrecht gevonden kon worden in het volkenrecht, zoals dat sinds 1849 met grote stelligheid in de wetenschap was verkondigd, kwam aan het einde van de negentiende eeuw onder invloed van Kahn en Niemeyer⁵⁰ evenwel onder druk te staan ten faveure van de oude en in onmin geraakte theorie dat internationaal privaatrecht nationaal recht was.⁵¹ Desondanks werd aan het einde van 19^e eeuw en het begin van de 20^e eeuw nog regelmatig verdedigd dat het internationaal privaatrecht onderdeel uitmaakte van het volkenrecht.

3.3.2.6 *Pillet*

Pillet was bijvoorbeeld één van diegenen die aan het einde van de 19^e eeuw nog verdedigde dat het volkenrecht aan de basis lag van het conflictenrecht. Volgens Pillet was het volkenrecht namelijk de schepper van het internationaal privaatrecht en de statelijke wetgever (slechts) de omschrijver van dat recht.⁵² Verkrege rechten van burgers moesten volgens hem overal worden erkend. Daarbij diende de oplossing van het internationaal privaatrecht zoveel mogelijk in overeenstemming te zijn met het interne recht van de wetgever of de rechter. Aan de hand van deze uitgangspunten kwam Pillet net als Zitelmann tot een eigen systeem, dat hij voor het eerst uiteenzette in zijn “*Essai d’un système général de solution des conflits de lois*”.⁵³ Kort gezegd hadden wetten volgens Pillet territoriale of extraterritoriale werking. Het ging om een territoriale wet, indien deze diende ter bescherming van de gemeenschap (*lois de garantie sociale*). De territoriale werking verzekerde dat de betreffende wet gold ten opzichte van iedereen op het grondgebied van de staat, ongeacht de nationaliteit van de personen, zodat een territoriale wet ook gold voor vreemdelingen. Deze wetten werkten in beginsel niet buiten het land dat ze had

⁵⁰ Ik verwijs naar paragraaf 3.3.2.1 voor hun gedachten.

⁵¹ Zie ook Keller/Siehr, p. 60.

⁵² Kosters/Dubbink, p. 76.

⁵³ Zie daarover uitgebreid Meili, p. 125-126, De Winter 1936, p. 114-121 en De Winter 1947, p. 24-39.

uitgevaardigd, omdat diens gemeenschap niet werd geraakt door handelingen in het buitenland. Wetten die daarentegen dienden ter bescherming van het individu (*lois de protection individuelle*) hadden extraterritoriale werking, omdat voortdurende werking van die wetten was vereist. Anders zou in één onbeschermd ogenblik jarenlange bescherming van het individu teniet kunnen worden gedaan.⁵⁴ De extraterritoriale werking van de wet bracht derhalve de voortdurende werking jegens eigen onderdanen mee, ook als de onderdaan in het buitenland verbleef. Vervolgens diende in elke kwestie met internationale aanknopingspunten aan de hand van het maatschappelijke doel van de mogelijke toepasselijke wetten eerst te worden bepaald of het ging om een *loi de garantie sociale* of een *loi de protection individuelle*. Daarna moest dan aan de hand van de specifieke feiten en omstandigheden van het voorliggende geval worden bepaald welke wet preferentie verdiende.⁵⁵ In die zin sloot Pillets methode aan bij het statutistische gedachtegoed. Net als de statutisten ging hij namelijk uit van de conflicterende materiële rechtsnormen, verdeelde hij hen onder in verschillende categorieën en maakte hij de reikwijdte van de materiële rechtsnorm afhankelijk van de categorie waartoe zij behoorde.

3.2.2.7 *Josephus Jitta*

Aan het begin van de 20^e eeuw verkondigde Josephus Jitta ook nog het standpunt dat het internationaal privaatrecht onderdeel uitmaakte van het volkenrecht en niet van het nationale recht. Hij verwachtte daarbij dat er nog veel water door de Schelde, Maas en Rijn zou stromen voordat het pleit voor de ene dan wel de andere zienswijze zou zijn beslecht.⁵⁶

Volgens Josephus Jitta bestond er een gemeenschap van het menselijk geslacht die boven de staten en hun gemeenschap moest worden gesteld. Die gemeenschap zou moeten dienen als grondslag voor het internationaal privaatrecht.⁵⁷ De gemeenschap van het menselijk geslacht was volgens Josephus Jitta derhalve niet alleen een feitelijke maar ook een rechtsgemeenschap. Zo zou er een gezag zijn machtig genoeg om de samenleving te dwingen om binnen de grenzen der redelijke orde te blijven.⁵⁸ Er waren volgens Josephus Jitta vervolgens drie dragers van voor-

⁵⁴ De Winter 1947, p. 25.

⁵⁵ Pillet 1894, p. 737 e.v.

⁵⁶ Josephus Jitta 1913, p. 23.

⁵⁷ Hetgeen volgens Josephus Jitta iets anders is dan Von Savigny's idee dat de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren de grondslag zou vormen van het internationaal privaatrecht (Josephus Jitta 1919, p. 1)

⁵⁸ Josephus Jitta 1913, p. 7-8.

noemd gezag: (i) de staat, die dat gezag uitoefent als onderdeel van de gemeenschap die hem dat gezag heeft verschaft, (ii) de unie van twee of meer staten, die door verdragen samenwerken (maar nog steeds onderdeel vormen van die gemeenschap) en (iii) de collectiviteit der staten, die dus een absolute eenheid of gemeenschap vormen.⁵⁹ Josephus Jitta liet evenwel in het midden hoe die gemeenschap van staten een feitelijk en juridisch gezag kon uitoefenen. Hij volstond met een theoretische beschouwing. Zo zou het hoogste gezag in de rechtsgemeenschap van het menselijk geslacht toekomen aan de mensheid als verpersoonlijking van dat geslacht.⁶⁰ Het geheel der staten – dus de gemeenschap der staten – kon vervolgens bij de gratie van de mensheid voor het menselijk geslacht dwingende voorschriften geven en handhaven.⁶¹ Er was evenwel geen opperste rechter, geen bindend supranationaal recht noch waren er andere instituten op grond waarvan de gemeenschap der mensen staten kon dwingen om iets te doen of te laten, maar Josephus Jitta's zienswijze valt wel te verklaren als men de mens als hoogste drager van rechten en plichten beschouwt, als de schepper van het recht. De rechten en plichten van staten zijn daar dan noodzakelijkerwijs van afgeleid. Daarbij was Josephus Jitta duidelijk op zoek naar een grondslag voor een supranationale rechtsbron. Josephus Jitta meende verder dat de plicht van staten tegenover de mensheid hun feitelijk handelen rechtmatig maakt.⁶² Zo was elke staat en waren de staten, als groepen en als geheel, verplicht om aan de voor het wereldverkeer nodige voorschriften bindende kracht te geven.⁶³ Vanuit het perspectief van het individuele rechtssubject is dit geen onredelijke opvatting. Dat is mogelijk anders als men de kwestie vanuit het perspectief van de staat bekijkt als zelfstandige drager van rechten en plichten, die in beginsel soeverein is om zelf te bepalen wat er binnen zijn landsgrenzen gebeurt. Tegelijkertijd moest Josephus Jitta dan ook erkennen dat rechters nationaal recht hebben te volgen. Verhinderde het eigen recht de toepassing van vreemd recht, dan hadden rechters dat te eerbiedigen. Zweeg de wet van een staat over het toe te passen recht dan moest de rechter het recht toepassen waar het wereldrecht, oftewel het recht van de gemeenschap van het menselijk geslacht, naar verwees.⁶⁴

⁵⁹ Josephus Jitta 1919, p. 4.

⁶⁰ Josephus Jitta 1919, p. 8.

⁶¹ Josephus Jitta 1913, p. 8.

⁶² Josephus Jitta 1913, p. 8.

⁶³ Josephus Jitta 1913, p. 22-23.

⁶⁴ Josephus Jitta 1913, p. 21-22.

3.2.2.8 *Cleveringa*

Na de Tweede Wereldoorlog was de gedachte dat het internationaal privaatrecht onderdeel zou kunnen uitmaken van het internationaal recht volgens velen achterhaald, maar niet volgens Cleveringa. Hij verdedigde in 1947 nog dat staten niet (geheel) soeverein waren ten aanzien van de beslechting van internationale geschillen.⁶⁵ Zijn zienswijze was mede beïnvloed door zijn ervaringen in de tweede wereldoorlog. Vasthouden aan de opvatting dat recht alleen is wat de staat, geheel naar eigen denken door zijn daartoe aangewezen organen als zodanig formuleert – welke gedachte mede ten grondslag lag aan het soevereiniteitsdenken – zou namelijk gevaarlijk zijn. Dat had de jaren 1940-1945 volgens hem wel aangetoond. Daar kwam bij dat de internationale en nationale rechtswelden geen gescheiden werelden waren, maar vloeiend in elkaar overliepen. Zo spraken nationale rechters ook recht aan de hand van vreemd recht en baseerden internationale gerechten en scheidsgerechten zich bij de beslechting van geschillen ook op nationaal recht. Dat zou niet mogelijk zijn als de soevereiniteitsgedachte onverkort zou gelden. Dat bracht Cleveringa tot de conclusie dat er een normenstelsel moest bestaan dat de zuiver landelijke rechtssystemen tegenover elkaar afbakende.⁶⁶ Dit vereiste een gezag dat het gezag van de landelijke rechtsgemeenschappen en hun wetgevers te boven gaat.⁶⁷ Ofschoon zo'n gezag er nog niet was, mocht dat het geloof niet wegnemen in een burgerlijk wereldrecht dat destijds nog in nevelen schuil ging maar dat mettertijd duidelijk tevoorschijn zou kunnen gaan treden.⁶⁸ Daarbij verwierp Cleveringa de soevereiniteitsleer en de voortdurende ontkenning van een hogere werkelijkheid had wat hem betreft als zodanig iets vermoeiend en neerdrukkends.⁶⁹

3.2.3 *Conclusie*

De rechtsgeleerden die ik tot de Volkenrechtelijke stroming reken meenden dat staten uit hoofde van een bovenstatelijke grondslag vreemd recht toepasten, welke zienswijze hand in hand ging met de gedachte, dat de vraag welk recht in een concreet geval moest worden toegepast diende te worden beantwoord aan de hand van overal aanvaarde of te aanvaarden regels, waardoor een universeel conflictenrecht zou worden gevormd, zodat elk wetsconflict, waar het zich dan ook voordeed, kon worden

⁶⁵ François sloot zich hier in 1949 nog expliciet bij aan. Zie François, p. 55.

⁶⁶ Cleveringa, p. 12.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ Cleveringa, p. 17.

⁶⁹ Cleveringa, p. 19.

beslecht aan de hand van een voor elke staat geldende identieke set regels. Daardoor zou de uitkomst van een wetsconflict op voorhand betrekkelijk eenvoudig kunnen worden voorspeld. Dat zou de rechtszekerheid ten goede komen. In de tweede helft van de negentiende eeuw hadden de volgelingen van Von Savigny het pleit in de wetenschap beslecht en achteraf gezien beleefde de internationale benadering in de wetenschap van het ipr destijds zijn hoogtepunt.⁷⁰ De praktijk was evenwel weerbarstiger nu geen enkele staat zich op een supranationaal standpunt stelde. Daardoor was de Volkenrechtelijke stroming een makkelijke prooi voor wat ik hierna de Realistische stroming zal noemen.⁷¹

3.3 Internationaal privaatrecht is nationaal recht

3.3.1 *Inleiding*

De rechtsgeleerden die tot de Realistische stroming kunnen worden gerekend verwerpen de gedachte van de Volkenrechtelijke stroming, dat het internationaal privaatrecht ingebed zou liggen in een supranationale bron, aangezien zij vinden dat iedere staat in beginsel zelfstandig en onafhankelijk van andere staten zijn eigen internationaal privaatrecht mag vaststellen. Het internationaal privaatrecht zou derhalve behoren tot het nationale domein.

3.3.2 *De Realistische stroming*

De Realistische stroming heeft een aanvang genomen met Kahn en Niemeyer. Hun zienswijze, dat het internationaal privaatrecht in beginsel onderdeel uitmaakt van het nationale recht, heeft nadien postgevat en de volkenrechtelijke gedachte al snel overvleugeld. Kahn bestreed de Volkenrechtelijke stroming vanaf het begin van de jaren negentig van de negentiende eeuw.⁷² In zijn “Abhandlungen zum internationalen Privatrecht” uit 1928 verwoordde hij het aldus:

“Wir sind der Überzeugung, daß die internationalistische Lehre von positiv unrichtigen Voraussetzungen ihren Ausgang nimmt, und daß sie eine grundsätzlich verkehrte Methode befolgt.”⁷³

⁷⁰ In gelijke zin Keller/Siehr, p. 58-59 en Meeusen, p. 13 e.v.

⁷¹ In de literatuur worden diegenen die behoren tot deze stroming ook wel nationalisten of positivisten genoemd.

⁷² Zie hierover onder meer Niederer, p. 62-63.

⁷³ Kahn, p. 271.

Kahns voornaamste kritiek was erin gelegen dat het volkenrecht van de Volkenrechtelijke stroming “[n]ie und nirgends geübt oder anerkannt”⁷⁴ werd en dat zelfs de rechtsgeleerden die het bestaan van zo’n volkenrecht verkondigden het niet eens konden worden hoe dat volkenrecht vorm gegeven zou zijn of moest worden. Dat bracht Kahn tot de conclusie dat het conflictenrecht in het nationale recht moest worden gezocht.⁷⁵ Internationaal privaatrecht was derhalve nationaal recht. Zodoende mochten staten zelf bepalen wanneer vreemd recht wel en wanneer vreemd recht geen toepassing had op hun grondgebied. Zo kon het voorkomen dat rechters uit verschillende staten op hetzelfde geschil verschillende conflictregels toepasten waardoor het geschil in de ene staat zou worden beslist door het recht van land A, terwijl datzelfde geschil in een andere staat beslist zou worden door het recht van land B. Dat was volgens Kahn geen probleem. Wel moesten staten volgens hem een harmonie van verwijzingsregels nastreven. Daar was het algemene nut namelijk bij gebaat.⁷⁶

Vanaf 1894 verkondigde Niemeyer soortgelijke gedachten. Volgens hem was een bovenstatelijk internationaal privaatrecht niet meer dan een wetenschappelijke fictie.⁷⁷ Daar kon hij niet in geloven. Er bestonden namelijk geen supranationale regels die nationale wetgevers bonden.⁷⁸ Het was derhalve “*sondern geboten, dass der Gesetzgeber die Probleme des internationalen Privatrechts prinzipiell als Fragen des inländischen Privatrechts in Angriff nimmt.*”⁷⁹ Internationaal privaatrecht was in Niemeyers visie dus nationaal recht, waarbij het doel van het internationaal privaatrecht – recht doen aan internationale situaties – vooral niet uit het oog moest worden verloren.

Kahn en Niemeyer vonden al snel gehoor bij hun tijdgenoten. Dat kwam enerzijds omdat de praktijk geen steun bood aan de Volkenrechtelijke stroming en anderzijds omdat de gedachten van Kahn en Niemeyer eenvoudig en helder waren. Zij namen namelijk veel dogmatisch-wetenschappelijke problemen weg. Ingewikkelde theoretische beschouwingen die niet strookten met de realiteit, waarbij bijvoorbeeld werd voortgeborduurd op de denkbeelden van de Historische school, waren

⁷⁴ Kahn, p. 274.

⁷⁵ Kahn, p. 294.

⁷⁶ Hoewel Kahn lijnrecht tegenover Von Savigny stond wat de grondslagen van het conflictenrecht betreft, wees hij zijn (verwijzings)methode niet af. Zie hierover onder meer Mills 2009, p. 66-70.

⁷⁷ Niemeyer 1901, p. 50.

⁷⁸ Niemeyer 1895, p. 27.

⁷⁹ Niemeyer 1895, p. 27-28.

niet langer nodig. Sinds het einde van de negentiende eeuw is het gedachtegoed van Kahn en Niemeyer dan ook tot uitgangspunt geworden in het denken over de grondslagen van het internationaal privaatrecht. In het vervolg van deze paragraaf bespreek ik in vogelvlucht de gedachten van enkele rechtsgeleerden wier zienswijzen een weerspiegeling vormen van het realistische gedachtegoed en die een bijgedrage hebben geleverd aan de ontwikkeling van dit gedachtegoed.

3.3.2.1 *Meili, Neumeyer & Gutzwiller*

Niet lang nadat Kahn en Niemeyer hun werken hadden gepubliceerd stelde Meili in 1902 eveneens dat het internationaal privaatrecht niet gerekend mocht worden tot het volkenrecht, omdat het gaat om “[d]ie *interessenkollisionen der Privatpersonen, die im privatrechtlichen Verkehre stehen*.”⁸⁰ Ook Neumeyer⁸¹ en Gutzwiller⁸² meenden beiden in 1923 dat internationaal privaatrecht slechts nationaal recht was. Bij Gutzwiller gold de statelijke soevereiniteit evenwel niet onverkort:

“die völlige Unabhängigkeit eines Staates in der Normierung seiner zwischenstaatlichen Beziehungen wie aus der positivistischen Lehre folgt, besteht heute nicht mehr.⁸³ Ein Staat der heutigen Völkerrechtsgemeinschaft, der die Anwendung ausländischen Privatrechts auf zwischenstaatliche Rechtsverhältnisse grundsätzlich ausschließen, der auf Grund ausländischen Rechts wohlerworbenen Rechten jede Anerkennung grundsätzlich versagen wollte, würde damit gegen seine Mitgliedschaft bzw. gegen das allgemeine Völkerrecht verstoßen.”⁸⁴

3.3.2.2 *Suijling*

Suijling was in 1893 gepromoveerd op een proefschrift over de Statuten-theorie in Nederland gedurende de 17^e eeuw en in 1911 benoemd tot hoogleraar in Utrecht. In zijn proefschrift stelde hij dat het conflictenrecht:

“beoogt voorschriften op te stellen omtrent de competentie van gelijktijdig in meerdere rechtsdistricten geldende wetten ten aanzien van private rechtsbetrekkingen; ter verzekering van

⁸⁰ Meili, p. 53.

⁸¹ Neumeyer 1923, p. 4.

⁸² Gutzwiller 1923, p. 1551.

⁸³ Gutzwiller 1923, p. 1554.

⁸⁴ Gutzwiller 1923, p. 1555.

een geordend, onbelemmerd rechtsverkeer tusschen de onderdanen van de verschillende staten moeten deze regels dienen.”⁸⁵

In zijn oratie uit 1911 – getiteld: “Het wereldverkeer in het privaatrecht” – verwierp Suijling vervolgens de gedachte van Von Savigny en zijn adepten dat er een wereldrecht of supranationaal recht zou bestaan waaraan de regels van het internationaal privaatrecht zouden ontspruiten. Zo ging ieder land zijn eigen weg:

“en wat de onderlinge afbakening van de wetgevende bevoegdheid der staten aangaat, ieder voor zich verklaart eigen of vreemde rechten toepasselijk, onbekommerd om hetgeen de naburen doet.”⁸⁶

Wij hebben volgens Suijling derhalve eenvoudig aan te nemen hetgeen de soevereinen dezer aarde, ieder voor zich, ons als recht gelieven aan te bieden:

“Dus moet noodwendig het bestaan van alle recht, ook van het recht, dat staten bij wege van verdrag tezamen voortbrengen, ten opzichte van ieder hunner op zijn eigen wil en enkel op dien wil berusten. Hoe men dan ook speurt, te vergeefs zoekt men in de wereld van het recht naar eenen regel, die voor wetten of verdragen, dien wil als rechtsbron zou vermogen uit te schakelen.”⁸⁷

Dat bracht Suijling ertoe te stellen dat elke staat uitsluitend met zijn eigen recht werkt. Vreemd recht of vreemde vonnissen werkten dus alleen krachtens de wil van de soeverein die dat bepaalt.⁸⁸ Daarbij moet worden opgemerkt dat Suijling niet bang was dat het wereldverkeer in het gedrang zou komen wanneer elke staat vrij zou blijven om zelf zijn conflictenrecht te regelen. Staten zouden volgens hem namelijk wel degelijk in staat zijn om dat naar behoren te doen, omdat zij doorhadden dat zij daar voordeel bij hadden.

3.3.2.3 *Kosters*

Ook Kosters ontkende dat het internationaal privaatrecht behoorde tot

⁸⁵ Suijling, p. 136.

⁸⁶ Suijling 1911, p. 12.

⁸⁷ Suijling 1911, p. 15.

⁸⁸ Suijling 1911, p. 21.

het volkenrecht. Volgens hem bestond er namelijk geen regel of beginsel van volkenrecht waar staten zich naar moesten gedragen en er waren wat Kusters betreft bij wijze van uitgangspunt geen hogere voorschriften die staten bonden met betrekking tot het conflictenrecht.⁸⁹ De statengemeenschap was wat het internationaal privaatrecht betreft dus nog geen rechtsgemeenschap.⁹⁰ Zo maakte elk lid der statengemeenschap aanspraak op onverkorte soevereiniteit. Elke staat had dus het recht eenzijdig en zelfstandig zijn eigen internationaal privaatrecht vast te stellen.⁹¹ De staten waren in de regeling der internationale rechtsverhoudingen derhalve soeverein zoals zij dit ook waren voor nationale rechtsverhoudingen.⁹² Die soevereiniteit gold echter niet onverkort, want ook Kusters betoogde dat er ongeschreven regels van volkenrecht bestonden waaraan staten wel gebonden waren. Zo mocht een staat niet op alle internationale private aangelegenheden zijn eigen recht van toepassing verklaren, onafhankelijk van de nationaliteit en woonplaats der betrokkenen, de plaats der handeling en de ligging van het goed. Dat zou namelijk een algehele miskenning meebrengen van in den vreemde verkregen rechten. Verder mocht een staat de rechts- en handelingsbevoegdheid van buitenlanders op zijn grondgebied niet geheel uitsluiten op de enkele grond dat zij buitenlander zijn.⁹³ In 1962 vermeldde Kusters/Dubbink de volgende drie uitzonderingen op het uitgangspunt van de onverkorte soevereiniteit:

1. dat een staat niet, met verregaande miskenning van buitenlands verkregen rechten, in stuitende, ergerlijke mate op internationale private aangelegenheden zijn eigen intern recht mag toepassen;
2. dat een staat niet willekeurig op gronden, die buiten het recht en buiten vergelding en wederkerigheid omgaan, vreemde staten op ongelijke wijze ten aanzien van het internationaal privaatrecht mag behandelen; en
3. dat vreemdelingen aan het privaatrechtsverkeer mogen deelnemen en roerend goed in eigendom kunnen hebben.⁹⁴

Uit de uitzonderingen die Kusters noemde en gezien de uitzonderingen die in Kusters/Dubbink staan, blijkt dat de soevereiniteit van staten ondanks alles wel degelijk werd beperkt door ongeschreven regels van het

⁸⁹ Kusters 1908, p. 21 en Kusters 1917, p. 15.

⁹⁰ Kusters 1917, p. 16.

⁹¹ Kusters 1917, p. 16-18.

⁹² Kusters 1908, p. 27.

⁹³ Kusters 1917, p. 19.

⁹⁴ Kusters/Dubbink, p. 90-91.

volkenrecht.⁹⁵ Maar dat was geen probleem, omdat elke staat deze regels toch wel in acht zou nemen. Geen staat zou namelijk te allen tijde vasthouden aan zijn eigen recht. Geen staat zou op alle internationale rechtsverhouding dus zijn eigen materiële recht van toepassing verklaren: “[w]ant de moderne staat, die eene volmaakte gelijke regeling voor nationale en internationale rechtsbetrekkingen gaf, zou van zijn autonomie een gebruik maken, zóózeer in strijd met zijn eigen belang en met de belangen zijner onderdanen, dat eene dergelijke gedragslijn nooit ergens zou worden gevolgd.”⁹⁶ Problemen zouden zich dus niet voordoen. En binnen voornoemde bandbreedtes was elke staat vrij om zijn eigen verwijzingsregels op te stellen. Binnen die bandbreedtes kon een staat een kwestie dus door eigen of door vreemd recht laten beheersen, afhankelijk van hetgeen de rechtsbetrekking zijns inziens behoeft.⁹⁷ Hoever de gelding of uitsluiting van vreemd recht zou gaan, bepaalde de staat binnen voornoemde bandbreedtes dus vrijelijk voor ieder geval.⁹⁸ Dat staten daardoor verschillende verwijzingsregels zouden kunnen hebben werd daarbij geaccepteerd: “[d]at alle internationale rechtsbetrekkingen in de verschillende staten op gelijke wijze beoordeeld worden, is een ideaal, dat niet voor verwezenlijking bestemd is.”⁹⁹

3.3.2.4 De Winter

De Winter stelde in zijn proefschrift uit 1936 dat het onderscheid tussen de internationalisten en de nationalistes of positivistes niet scherp was.¹⁰⁰ Beide stromingen leken naar zijn mening veeleer in elkaar over te lopen. Desondanks zou er volgens hem wel een soort van consensus zijn ontstaan dat regels van internationaal privaatrecht niet uit een bovenstatelijke rechtsbron voortvloeiden. Internationaal privaatrecht zou derhalve nationaal recht zijn. Het bestond dus slechts voor zover het door de nationale wetgever werd erkend.¹⁰¹ Een staat was derhalve nimmer verplicht om naar vreemd recht te verwijzen, maar een onverkorte toepassing van de *lex fori* wees De Winter af. Een staat kon namelijk slechts een goed internationaal privaatrecht scheppen als hij rekening zou houden met de wensen van andere staten.¹⁰² De wetgever en de rechter moesten zich

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Kusters 1908, p. 25-26.

⁹⁷ Kusters 1908, p. 25.

⁹⁸ Kusters/Dubbink, p. 91.

⁹⁹ Kusters 1908, p. 30.

¹⁰⁰ De Winter 1936, p. 98. Zie hierover ook Steenhoff, p. 258.

¹⁰¹ De Winter 1936, p. 98.

¹⁰² De Winter 1936, p. 99.

daarvoor als het ware op een supranationaal standpunt stellen.¹⁰³ Daartoe verwoordde De Winter in zijn proefschrift en in een artikel uit 1947 zijn eigen functionele methode,¹⁰⁴ waarbij hij voortborduurde op de werken van Pillet. In het kader van die functionele methode hoefde men ook niet steeds tot dezelfde conflictenrechtelijke oplossing te komen. Wel zou eenheid van argumentatie verzekerd zijn.¹⁰⁵ Zodoende zou vanzelf eensgezindheid (gaan) ontstaan ten aanzien van de conflictenrechtelijke oplossing.

Uitgangspunt bij de functionele methode was dat het internationaal privaatrecht tot taak had de privaatrechtelijke verhoudingen in het internationale verkeer te regelen. In dat kader moest men streven naar rechtvaardige en tevens internationaal aanvaardbare conflictoplossingen.¹⁰⁶ Zodoende zou het internationaal privaatrecht rechtszekerheid scheppen, zodat iedereen op voorhand wist hoe de rechtsverhouding zou worden beoordeeld. Rechtszekerheid was wat De Winter betreft dan ook het primaire doel van het internationaal privaatrecht. Rechtszekerheid zou echter pas bestaan wanneer gelijke gevallen in alle landen op gelijke wijze zouden worden beoordeeld. Dit moest de wetgever bevorderen. De wetgever zou dat kunnen doen door verdragen en uniformering van het recht. Tegelijkertijd was De Winter zich er evenwel van bewust dat absolute zekerheid een illusie zou zijn zolang niet alle materiële wetten van alle landen of al het conflictenrecht van alle landen was geünificeerd. Maar dat hield hij voor onmogelijk. De taak van de beoefenaar van het internationaal privaatrecht was dus gelegen in een benadering van het ideaal.¹⁰⁷ Wat dat betreft meende De Winter in navolging van Pillet dat voor de rechtsvinding de sociale functies der rechtsnormen het best als grondslag kon dienen.¹⁰⁸

Volgens De Winter behoorde de wetgever conflictoplossingen te vinden die internationaal aanvaardbaar waren en die door de groep van staten waarvoor die oplossing zou gelden als rechtvaardig zou worden beschouwd, zodat andere staten het conflict op gelijke wijze zouden kunnen oplossen.¹⁰⁹ De gekozen conflictoplossing was internationaal aanvaardbaar als rekening werd gehouden met de belangen van alle bij het conflict betrokken staten. Elke staat heeft er immers belang bij dat de

¹⁰³ Steenhoff, p. 259.

¹⁰⁴ De Winter 1947, p. 42.

¹⁰⁵ De Winter 1947, p. 42.

¹⁰⁶ De Winter 1962, p. 18-19.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ De Winter 1947, p. 41.

¹⁰⁹ De Winter 1936, p. 100-102. Zie hierover ook Steenhoff, p. 291-292.

door zijn wetten geschapen rechtsorde ook in internationale gevallen niet of zo min mogelijk wordt aangetast. Dat wordt bereikt door te bewerkstelligen dat de conflictoplossingen:

“zoveel mogelijk in overeenstemming zijn met de speciale sociale functies der bij een conflict betrokken rechtsregelen.”¹¹⁰

Een conflictoplossing is in overeenstemming met het rechtstelsel van een bij het conflict betrokken staat, indien de rechtsregelen van die staat op het conflict toepassing vinden voor zover de sociale functies van die regels dat vereisen. In het kader van de functionele methode onderwerpt men volgens De Winter dus elk van de mogelijk betrokken rechtstelsels en rechtsregels aan een onderzoek:

“Men gaat dan voor elk van de betrokken staten afzonderlijk na, welke maatschappelijke belangen met de toepassing van zijn eigen rechtsregelen op het geschil gemoeid zijn en beoordeelt vervolgens of en in hoever in het concrete geval deze belangen worden geschaad, wanneer men in plaats van de eigen rechtsregelen, de regelen van de andere bij het conflict betrokken rechtstelsels op het geschil toepast.”¹¹¹

Zodoende stelt men vast welk van de staten het ernstigst zou worden benadeeld wanneer één van zijn regels buiten beschouwing zou worden gelaten. Vervolgens bekijkt men of de toepassing van de regel(s) van die staat een probleem is voor de andere betrokken staten. Blijkt dat niet het geval, dan past men die regel toe.¹¹² Bij de functionele methode stelt men dus, net als bij de statistische methode, de materiële rechtsnormen en niet de rechtsverhouding centraal.¹¹³ Wel verdient de volgende passage – waarmee De Winter zijn artikel uit 1947 afsloot en waarmee hij in wezen zijn eigen methode relativeerde – nog aandacht:

“Tot slot van mijn beschouwingen zou ik – voor zover nodig – nog willen opmerken dat het geenszins mijn bedoeling is, algemeen erkende conflictoplossingen – die er gelukkig ook zijn! – te vervangen door volgens de functionele methode gevonden oplossingen. De functionele methode is een *middel*, het doel is de internationaal aanvaardbare conflictoplossing. In alle geval-

¹¹⁰ De Winter 1947, p. 24.

¹¹¹ De Winter 1947, p. 48.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ In Amerika zou Currie in het kader van zijn *governmental interest analysis* niet veel later soortgelijke gedachten ontwikkelen, waarover meer in paragraaf 3.4.4.

len waarin de wetenschap of de gevestigde internationale jurisprudentie voor een bepaald conflict een bepaalde oplossing voorstelt, een oplossing die algemeen wordt erkend, doet men verstandig deze oplossing te aanvaarden, ook wanneer zij niet in overeenstemming mocht zijn met de oplossingen die uit een analyse van de sociale functies der bij het conflict betrokken rechtsregelen zou voortvloeien.

Ook in een tweede categorie van gevallen lijkt het mij wenselijk, om van toepassing der functionele methode af te zien, namelijk wanneer in het land, waar de oplossing van het conflict gerealiseerd moet worden, door een uitdrukkelijk wetsvoorschrift van internationaal privaatrecht of door gevestigde jurisprudentie een bepaalde oplossing van het conflict is voorgeschreven.”¹¹⁴

3.3.2.5 *Wolff*

Wolff wees een volkenrechtelijke grondslag voor het conflictenrecht af omdat staten wat het internationaal privaatrecht betreft soeverein waren om hun eigen regels vast te stellen nu bovenstatelijke normen die staten tot iets verplichten op het gebied van het conflictenrecht zijns inziens niet bestonden.¹¹⁵ Het internationaal privaatrecht vond zijn grondslag dan ook in het nationale recht.¹¹⁶ Desondanks moesten staten hun ogen niet sluiten voor de eisen van het internationaal rechtsverkeer en rekening houden met de belangen van de gemeenschap der mensheid. Wolff verwoordde het als volgt:

“Although thus no rule of private international law and no postulate of comity prevents a country from introducing whatever rule of private international law it may see fit, justice demands that every country in making such rules should consider how they will affect social and economic intercourse between any persons, be they its own nationals or aliens. The community the interests of which must be borne in mind by the lawgiver is neither the community of its own nationals nor that of the various states or nations, but the community of all individuals, of mankind. A system of conflict rules which neglected this supernational view would be contrary to justice.”¹¹⁷

Wolff betoogde dan ook dat wetten die slechts ten doel hadden om de

¹¹⁴ De Winter 1947, p. 52.

¹¹⁵ Wolff 1945, p. 13.

¹¹⁶ Wolff 1945, p. 11 en Wolff 1954, p. 5-8.

¹¹⁷ Wolff 1945, p. 16.

positie van de *lex fori* te versterken strijdig zijn met het doel van het internationaal privaatrecht. Het doel van de wetgever zou derhalve moeten zijn om die verwijzingsregels vast te stellen “*as he can reasonably wish to see introduced by the lawgivers of other countries*”,¹¹⁸ zodat het internationaal privaatrecht een beslissingsharmonie zou kunnen realiseren.¹¹⁹

3.3.2.6 *Kollewijn*

Kollewijn stelde in een bijdrage aan een bundel uit 1946 voor prof. mr. J.C. van Oven, getiteld “Opstellen over hedendaagsch recht”, dat steeds duidelijker was gebleken dat van één ware opvatting der natuur der rechtsverhoudingen niet was gebleken. Er bestond geen natuurlijke *Sitz* en er waren ook bijna geen algemeen gevolgde regels van internationaal privaatrecht. Regels die tot de toepassing van vreemd recht verplichtten, bestonden al helemaal niet.¹²⁰ Internationaal privaatrecht was volgens Kollewijn dus nationaal recht, maar tegelijkertijd moest Kollewijn erkennen dat er wel degelijk gevallen bestonden waarin vreemd recht toepassing verdiende.¹²¹ Zodoende zou een regel op grond waarvan alleen het eigen recht voor toepassing in aanmerking zou komen onrecht en een willekeurige behandeling van de vreemdeling betekenen. Zo zou volkenrechtelijk onrecht worden begaan, “*omdat het volledig buiten toepassing laten van vreemd recht naar het nationale (i.p.-) recht van de staten zelf onrecht zou zijn, omdat zij dan, weer naar hun eigen recht gemeten, willekeurig zouden handelen.*”¹²²

3.3.2.7 *Scholten*

Scholten betoogde in zijn proefschrift uit 1949 dat er geen rechtsplicht op staten rustte om vreemd recht toe te passen, omdat zo’n plicht onverenigbaar is met de zelfstandige bevoegdheden van de staat om de internationale rechtsverhoudingen vrij en naar eigen inzicht te regelen.¹²³ Een juridische gebondenheid zou tekort doen aan die soevereiniteit, tenzij staten bij verdrag anders zouden zijn overeengekomen of staten anderszins een boven hen staande rechtsplicht in het leven zouden hebben geroepen.¹²⁴ Daarnaast kan de aard van het internationale verkeer eisen dat de regeling van bepaalde verhoudingen geschiedt overeenkomstig een

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ Wolff 1954, p. 9.

¹²⁰ Kollewijn 1946, p. 168.

¹²¹ Kollewijn 1946, p. 169.

¹²² *Idem.*

¹²³ Scholten, p. 159.

¹²⁴ Scholten, p. 160.

vreemde rechtsregel of een in den vreemde genomen beslissing, zodat het vreemde recht naar zijn inhoud wordt erkend en toegepast. Wanneer de staat in zulke gevallen de toepassing van vreemd recht zou weigeren, dan zou hij blijk geven van een onjuist begrip van de eisen die dit internationale verkeer stelt. Daardoor zou het internationale rechtsverkeer in zijn beloop worden belemmerd, tot groot ongerief van diegene die er aan deelneemt en uiteindelijk tot groot nadeel van het algemene welvaartspeil van de statengemeenschap zelf. Staten hebben volgens Scholten dan ook een morele plicht om vreemd recht te erkennen en toe te passen.¹²⁵

3.3.2.8 *Van Brakel*

Volgens Van Brakel was internationaal privaatrecht nationaal recht en ieder land mag zijn eigen regels vaststellen al naar gelang zijn eigen behoeften.¹²⁶ De vreemde wet had hier te lande volgens Van Brakel dus alleen aanspraak op toepassing, indien de Nederlandse wet dat zo bepaalde.¹²⁷

3.3.2.9 *Wederom een kort intermezzo*

Sinds het midden van de jaren vijftig van de vorige eeuw staat de gedachte dat het conflictenrecht gegrond is in het nationale recht in wezen niet meer ter discussie. Wel werd nadien kritiek geleverd op het Savigniaanse verwijzingsprocedé, omdat daarin werd gewerkt met indirecte, neutrale en abstracte verwijzingsregels waarbij de materieelrechtelijke uitkomst in beginsel niet relevant was.¹²⁸ Als criticasters kunnen in Nederland bijvoorbeeld worden genoemd Deelen,¹²⁹ Jessurun d'Oliveira,¹³⁰ Strikwerda,¹³¹ De Boer,¹³² Kotting¹³³ en Pontier.¹³⁴ Zij hebben zich mede

¹²⁵ Scholten, p. 161.

¹²⁶ Van Brakel, p. 15.

¹²⁷ Van Brakel, p. 18.

¹²⁸ Zie paragraaf 2.7.

¹²⁹ Zie Deelen 1966, waar hij betoogde dat de blinddoek van Von Savigny moest worden afgeworpen.

¹³⁰ Zie Jessurun d'Oliveira 1976, waar hij een materiële belangenafweging in het conflictenrecht verdedigde.

¹³¹ Zie Strikwerda 1978, waar hij onomwonden koos voor Curries *governmental interest analysis*.

¹³² Zie De Boer 1976 en De Boer 1980 alsmede Boer 1996-I en 1996-II, waar hij zich een voorstaander toonde van het loslaten van de neutraliteit van de Savigniaanse verwijzingsregel respectievelijk een facultatief conflictenrecht.

¹³³ Zie Kotting 1985, waar hij verdedigde dat buitenlands recht slechts zou moeten worden toegepast als uitzondering op de *lex fori* in gevallen waarin een forale desinteresse bestaat.

¹³⁴ Zie Pontier 1997, waar zij een politiek liberale verwijzingsleer verdedigde.

laten inspireren door het Amerikaanse conflictenrechtelijke revolutie, die hierna aan bod komt in paragraaf 3.4. Dat brengt mij er vervolgens toe om een grote sprong in de tijd te maken.

3.3.2.10 *Ten Wolde*

Hoewel ook Ten Wolde vasthoudt aan de gedachte dat iedere staat soeverein is om zijn internationaal privaatrecht naar eigen goeddunken in te richten, waardoor in beginsel geen enkele staat tegen zijn wil verplicht kan worden om in een concreet geval buitenlands recht toe te passen, wil ik hier niettemin wat uitgebreider stil staan bij een bijdrage van zijn hand uit 2011 waarin hij de kern van het Savigniaanse verwijzingsmodel aanvalt omdat in het kader van dat model zijns inziens ten onrechte de presumptie wordt gehanteerd dat alle rechtsstelsels gelijkwaardig zijn. Wat Ten Wolde betreft spreekt het ook niet voor zich dat vreemd recht wordt toegepast. De grondslag voor het toepassen van buitenlands recht is namelijk relatief en hangt met name af van de band die bestaat met het betrokken buitenland.¹³⁵ Dat blijkt treffend uit het volgende citaat:

“Hoe sterker de betreffende landen zijn betrokken en hun maatschappijen ‘rechtsgemeenschappen’ zijn geworden met dezelfde onderliggende waarde- en doelvoorstellingen hoe minder vanzelfsprekend het is dat het eigen recht boven het recht van het andere land gaat. Een en ander is voor te stellen op een glijdende schaal waarop aan het ene eind van de schaal (links) het absoluut uitsluitend toepassen van eigen recht staat (omdat er weinig internationaal rechtsverkeer is) en aan het andere eind van de schaal (rechts) een neutraliteit ten opzichte van eigen en vreemd recht staat (omdat deze maatschappijen zo vervlochten zijn dat men uitgaat van dezelfde waarde- en doelvoorstellingen). Voorbeelden van landen helemaal links op de schaal zou ik niet kunnen noemen. Noord-Korea hoort daar wel in de buurt te staan. Iets verder naar rechts staan de landen die partij zijn bij diverse IPR-verdragen over specifieke onderwerpen. Daarna komen de landen die bepaalde samenwerkingsvormen zijn aangegaan. COMESA, ECOWAS, SADC, EAC, CARICOM, NAFTA, etc. allemaal met een economische achtergrond. Let wel, in de relatie tot die andere betrokken staten. Intensiever zijn de relaties binnen ASEAN, nog intensiever waren zij binnen de EEG. Een sterke verbondenheid is er in de Europese Unie maar deze organisatie staat nog lang niet helemaal rechts op de schaal. De Amerikaanse deelstaten, de Canadese

¹³⁵ Ten Wolde 2011, p. 614-615.

provincies, de landen van het Verenigd Koninkrijk, de Spaanse 'provincies', de Nederlandse rijksdelen, ze staan allemaal tamelijk ver rechts op de schaal. Of zij onderling werkelijk neutraal conflictenrecht kunnen hanteren wordt niet alleen bepaald door het staatsverband maar is vooral afhankelijk van de werkelijke onderlinge verbondenheid van die maatschappijen."¹³⁶

Vervolgens stelt Ten Wolde dat het zaak is om per dimensie en per onderwerp de grondslag te bepalen en van daaruit de passende methode te kiezen:

"Zo lijkt het neutrale Savigniaanse verwijzingsmodel goed te werken voor een groep van landen dat dezelfde juridische basiswaarden en normen deelt. In een dergelijk verband is het niet (of minder) belangrijk of het eigen recht dan wel het recht van een ander land uit dat verband geldt, omdat het materiële recht van ieder van die landen bijvoorbeeld uitgaat van het principe dat echtgenoten van elkaar moeten kunnen scheiden. Worden dergelijke principes gedeeld dan past een methode waarin men gebruik maakt van neutrale verwijzingsregels. Verschillen de nationale rechtsopvattingen over een onderwerp binnen een verband van landen onderling sterk dan zal men naar een model toe moeten waarin uitdrukkelijk ruimte wordt gelaten voor die nationale opvattingen of de conclusie moeten trekken dat een regeling over het toepasselijke recht niet zinvol is."¹³⁷

Daar waar het verband met een vreemd land onzeker is, behoort het eigen recht volgens Ten Wolde derhalve uitgangspunt te zijn:

"Een grondslag voor het op gelijkwaardige wijze hanteren van eigen recht en onbekend vreemd recht is immers niet aanwezig. Een neutrale verwijzingsregel waarmee wij een 'Sprung ins Dunkle' maken dient te worden verworpen. Onze conflictregel dient in die gevallen primair de reikwijdte van het eigen recht aan te geven. Daar waar het eigen recht geen toepassing verlangt kan vanuit de onderliggende beginselen van het eigen recht een regel worden geformuleerd aan de hand waarvan wordt bepaald aan welk betrokken vreemd recht hier te lande bindende kracht wordt geschonken."¹³⁸

¹³⁶ Ten Wolde 2011, p. 615.

¹³⁷ Ten Wolde 2011, p. 617.

¹³⁸ Ten Wolde 2011, p. 620.

Uit het voorgaande moge blijken dat Ten Wolde van mening is dat het Savigniaanse verwijzingsmodel zoals dat vandaag de dag in Nederland wordt gehanteerd, waarbij ten aanzien van veel onderwerpen wordt aangenomen dat alle rechtsstelsels in beginsel op gelijke voet voor toepassing in aanmerking komen, niet past. Wat Ten Wolde betreft moet in plaats daarvan per kwestie worden beoordeeld of er wel voldoende raakvlakken tussen de betrokken staten bestaan om te kunnen komen tot de conclusie dat het recht van de andere betrokken staat moet worden toegepast.

3.3.3 *Conclusie*

Sinds Kahn en Niemeyer hun gedachten aan het einde van de 19^e eeuw aan het papier toevertrouwden heeft het realistische gedachtegoed de overhand gekregen. Zij is verankerd geraakt in het moderne conflictenrecht en zet de standaard voor wat betreft het denken over de grondslag van het internationaal privaatrecht. Staten zijn volgens de aanhangers van deze stroming soeverein. Er bestaat derhalve geen supranationale verplichting om vreemd recht toe te passen en internationaal privaatrecht wordt beschouwd als nationaal recht.¹³⁹ De aanhangers van het realistische gedachtegoed wijzen het bovenstatelijke gedachtegoed van Von Savigny en zijn volgelingen dan ook af. Desalniettemin heeft het verwijzingsmodel van Von Savigny het wel overleefd en wordt algemeen aangenomen dat de toepassing van vreemd recht niet structureel mag worden uitgesloten.¹⁴⁰

3.4 **Opnieuw een zijstap: de Verenigde Staten**

Sinds Story zijn “Commentaries on the Conflict of Laws” schreef,¹⁴¹ werd in Amerika algemeen aangenomen dat het conflictenrecht moest worden beschouwd als nationaal recht. Er bestond derhalve geen supranationaal recht op grond waarvan staten verplicht waren om vreemd recht toe te passen, laat staan dat er een universeel conflictenrecht zou bestaan. Er was volgens Ehrenzweig derhalve nimmer enige steun geweest voor de presumptie dat er een regel van internationaal recht zou bestaan uit hoofde waarvan staten enerzijds verplicht waren om een vreemd recht

¹³⁹ Zie ook Collins, p. 93.

¹⁴⁰ Dat bracht Zweigert ertoe om te stellen dat er een “*dritte Schule im internationalen Privatrecht*” bestaat, waarbij het nationalistische gedachtegoed wordt verenigd met de wens om tot (vrijwillige) harmonisatie te komen. Zie Zweigert 1948, p. 35 e.v.

¹⁴¹ Story wordt beschouwd als “*the father of the conflict of laws*” in de Anglo-Amerikaanse wereld, waarover meer in paragraaf 2.4.3.

toe te passen als alle aanknopingspunten naar dat recht verwezen, terwijl de *lex fori* anderzijds niet mocht worden toegepast als de zaak geen enkele band had met dat recht.¹⁴² In de Verenigde Staten heeft het supranationale gedachtegoed dat de Volkenrechtelijke stroming kenmerkt dan ook nimmer ingang gevonden. Daarbij waren de Amerikaanse rechtsgeleerden niet bepaald onder de indruk van het Savigniaanse gedachtegoed, dat zij verwierpen. Met hun alternatieve oplossingen hebben de Amerikaanse juristen de internationale discussie over de grondslagen en methodiek van het internationaal privaatrecht vanaf het midden van de vorige eeuw vervolgens weer nieuw leven in geblazen.

3.4.1 *Beale & the First Conflicts Restatement*

Beale wilde orde scheppen in de chaos die hij naar eigen zeggen tegenkwam in de wereld van het conflictenrecht en hij was volgens Leflar de enige die net zo'n invloed heeft gehad op het Amerikaanse conflictenrecht als Story.¹⁴³ Uitgangspunt bij Beale was de territorialiteit van wetgeving: "*the conception of the common law has always been the conception of territorial law.*" Dat brengt mee dat:

"the law is territorial, that there can be no law in a particular state except the law of that state, and therefore that a foreigner coming into that state can by no means bring with him his personal law even for his own protection; the foreigner coming in is subject to the law of the state as much as the nationals of the state." [...] No law is administered as such by the courts except the territorial law."¹⁴⁴

Recht van een staat heeft buiten het eigen grondgebied derhalve niet de status van recht. Binnen de grenzen van het territorium van een staat gold derhalve slechts één recht: het recht van die staat. Dat recht bindt vervolgens alles en iedereen in die staat. Oftewel, "[b]y its very nature law must apply to everything and must exclusively apply to everything within the boundary of its jurisdiction."¹⁴⁵ Beale meende derhalve dat al het recht, dus ook het internationaal privaatrecht, nationaal recht is. Of in zijn woorden: "*Conflict of Laws is part of the law of the forum.*"¹⁴⁶

Dat betekende niet dat Beale blind was voor de internationale werkelijk-

¹⁴² Ehrenzweig 1967, p. 31.

¹⁴³ Leflar 1959, p. 2

¹⁴⁴ Beale, p. 52.

¹⁴⁵ Beale, p. 45-46.

¹⁴⁶ Beale, p. 53.

heid, dat een geschil nauwer verband kon houden met het recht van een vreemde staat, maar dat betekende nog niet dat de rechter dat vreemde recht ook diende te beschouwen als recht. Het geschil zou namelijk moeten worden *“determined by the court acting solely under its own law”*, waarbij *“the terms of the foreign law constitute a fact to be considered in the determination of the case.”*¹⁴⁷ Door vreemd recht te beschouwen als feit kon Beale dus volhouden dat de rechter geen vreemd recht hoefde toe te passen. Daardoor kon hij ook trouw blijven aan zijn eigen uitgangspunt dat wetgeving slechts territoriale werking had, maar wat was dan precies de rol van het vreemde recht? Dat recht: *“annexes to the event a certain consequence, namely, the creation of legal right.”*¹⁴⁸ Dit recht, geschapen door vreemde rechtsregels, werd vervolgens ook weer beschouwd als feit. Beale verwoordde het als volgt: *“When a right has been created by a law, this right itself becomes a fact”*, dat behoudens strijd met de openbare orde overal moet worden erkend. Dat bracht mee dat:

*“A right having been created by the appropriate law, the recognition of its existence should follow everywhere. Thus an act valid where done cannot be called in question anywhere.”*¹⁴⁹

Daarmee verwerd het conflictenrecht in wezen tot een systeem waarin de rechter werd betrokken ten behoeve van de erkenning van verkregen rechten.¹⁵⁰ Die rechten konden wat Beale betreft alleen worden verkregen op grond van het recht van de staat waar de relevante feiten hadden plaatsgevonden. Zodoende stond in Beales systeem de vraag centraal waar (lees: in welke staat) de rechten waren verkregen.¹⁵¹ Daarmee sloot Beale aan bij de gedachten van de Engelse rechtsgeleerde Dicey,¹⁵² die kort daarvoor zijn versie van de *“vested right theory”* het levenslicht had laten zien,¹⁵³ in welk verband Dicey net als Beale van mening was dat er geen supranationaal recht bestond op grond waarvan staten verplicht waren om vreemd recht toe te passen.¹⁵⁴ In strikte zin kon men volgens Dicey ook geen vreemd recht toepassen, maar slechts rechten afdwingen

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ Beale, p. 1969.

¹⁴⁹ Beale, p. 1969.

¹⁵⁰ Onder ‘verkregen rechten’ vielen kort gezegd rechten, bevoegdheden, plichten, zakelijke rechten en relatieve vorderingsrechten, waarover uitgebreid Beale, p. 64-66 en Pontier 2004, p. 87-88.

¹⁵¹ Zie onder meer Reese 1962, p. 389 en Brilmayer, p. 43, waar zij stelt: *“The question was always where the rights were vested.”*

¹⁵² Zie wat dat betreft ook Peterson, p. 416-417, waar hij stelt dat Beale een volgeling van Dicey was.

¹⁵³ Zie daarover ook Michaels 2006, p. 214-215.

¹⁵⁴ Dicey 1896, p. 20 e.v.

die onder vreemd recht waren verkregen.¹⁵⁵ Voor het antwoord op de vraag naar welk vreemd recht moest worden beoordeeld of er sprake was van een verkregen recht waren zowel wat Dicey als wat Beale betreft conflictregels nodig.

Reeds tijdens Beales leven is er veel kritiek geuit op zijn theorieën, maar dat heeft de American Law Institute niet verhinderd om hem te vragen een voorstel te schrijven voor de First Conflicts Restatement.¹⁵⁶ Vanaf 1923 heeft Beale zich vervolgens van die taak gekweten en in 1934 verscheen de First Conflicts Restatement. In de eerste paragraaf ziet men duidelijk Beales invloed:

“No state can make a law which by its own force is operative in another state; the only law in force in the sovereign state is its own law, but by the law of each state rights or other interests in that state may, in certain cases, depend upon the law in force in some other state or states.”

De First Conflicts Restatement bevatte “*territorially-based, jurisdiction-selective rules*”, die het toepasselijk recht aanwezen voor specifieke rechtsvragen.¹⁵⁷ Zo werd een overeenkomst als startpunt bijvoorbeeld beheerst door het recht van de staat waar zij was gesloten, maar was het recht van de plaats van uitvoering van toepassing als de nakoming ter discussie stond. Brilmayer merkte daarover op dat “*the web of rules that constituted the choice of law learning was very complicated, for it was necessary not only to determine the factual connections as specified by the rule (where was the contract signed; where did the injury occur?) but also to determine which rule applied (does the issue involve enforceability or performance; is the issue one of tort or contract?)*.”¹⁵⁸ Nochtans werd de First Conflicts Restatement na verloop van tijd door rechters in zo goed als alle staten van de Verenigde Staten gevolgd,¹⁵⁹ hetgeen Symeonides verleidde om te stellen dat:

“This is as far as the United States came to having a *national system of choice-of-law*.”¹⁶⁰

¹⁵⁵ Dicey 1896, p. 22 e.v. alsmede Dicey 1914, p. 26, waar hij zijn theorie met een voorbeeld nader verduidelijkt.

¹⁵⁶ Zo'n “restatement” had kort gezegd tot doel om rechters, advocaten en andere rechtsgebruikers te informeren over algemene beginselen en regels van *common law* op bepaalde rechtsgebieden. Zie hierover uitgebreid Reese 1964, p. 316 e.v.

¹⁵⁷ Zie onder meer Brilmayer, p. 37.

¹⁵⁸ Brilmayer, p. 42.

¹⁵⁹ Zie onder meer Symeonides 2008, p. 72-73.

¹⁶⁰ Symeonides 2002, p. 34.

Dat betekende echter niet dat de First Conflict Restatement altijd met evenveel enthousiasme werd toegepast.¹⁶¹ Van meet af aan bestond er namelijk (stevige) kritiek, waarbij niet alleen haar praktische onwerkbaarheid aan de kaak werd gesteld. Symeonides heeft de kritieken als volgt samengevat:¹⁶²

“Unfortunately, these rules were also rigid and mechanical. They completely sacrificed flexibility in the altar of certainty and ignored the lessons of experience in the pursuit of an ill-conceived theoretical purity. They chose not among laws, but among states, based solely on a single, predesignated, territorial or other factual contact. Subject only to limited post-choice exceptions, the law of the state that had the predesignated contact applied almost automatically, regardless of its content, its underlying policy, or the substantive quality of the solution it would bring to the case at hand. Indeed the Restatement’s objective was to find the spatially appropriate law (“conflicts justice”) rather than to ensure a substantively just result (“material justice”).”¹⁶³

Als tegenreactie op de First Conflicts Restatement kwam vervolgens de “*American Conflicts Revolution*” op gang, die de multilaterale methode in de Verenigde Staten van de troon trachtte te stoten.¹⁶⁴ Daarbij benaderden de protagonisten van de Amerikaanse revolutie het conflictenrechtelijke probleem – in tegenstelling tot Livermore, Story en Beale¹⁶⁵ – veelal vanuit een federaal perspectief zonder veel aandacht te besteden aan internationale dimensies, als gevolg waarvan het Amerikaanse conflictenrechtelijke denken sindsdien vooral wordt gedomineerd door theorieën die zijn ontwikkeld voor conflicten op federaal niveau.¹⁶⁶ Wat dat betreft bood Amerika ook een natuurlijke habitat voor een interregionaal conflictenrecht en een natuurlijke voedingsbodem voor een waar conflictenrechtelijk paradijs, aangezien Amerika’s staten binnen de kaders van de Amerikaanse grondwet, andere federale wetgeving en verdragen elk hun eigen wetgeving mogen opstellen, interstatelijke wetsconflicten daardoor aan de orde van de dag zijn en deze, net als internationale conflicten, moeten worden beslecht met behulp van een conflictenrecht dat ook

¹⁶¹ Peterson, p. 418.

¹⁶² Zie Symeonides 2002, p. 34.

¹⁶³ Symeonides 2002, p. 34.

¹⁶⁴ Zie hieromtrent onder meer Juenger 1994, p. 213 en Symeonides 2008, p. 92 e.v.

¹⁶⁵ In gelijke zin Reimann, p. 111.

¹⁶⁶ Zie onder meer Siehr 1970, p. 587 e.v. alsmede Reimann, p. 112.

weer per staat kan verschillen.¹⁶⁷ Hierna bespreek ik vervolgens op hoofdlijnen de gedachten van diegenen die de Amerikaanse conflicten-rechtelijke revolutie vorm hebben gegeven.

3.4.2. Cook

Cook nam in 1942 als één van de eersten Beales *vested rights theory* en de First Conflicts Restatement onder vuur,¹⁶⁸ omdat hij meende dat de materiële rechtvaardigheid ten onrechte was geofferd onder de noemer van de rechtszekerheid, hetgeen niet de bedoeling kon zijn. Vraag was dan ook hoe materiële rechtvaardigheid in een interstatelijke kwestie kon worden gerealiseerd. Ten behoeve van de beantwoording van die vraag stelde Cook voorop dat het forum geen vreemd recht mocht toepassen. Evenmin was het een doel van het conflictenrecht om elders verkregen rechten te bevestigen. Cook verwierp Beale's *vested rights theory* dan ook uitdrukkelijk. In plaats daarvan verdedigde hij de *local law theory*.¹⁶⁹

“a court never enforces foreign rights, but only rights created by its own law.”¹⁷⁰

Tegelijkertijd wilde Cook de grenzen ook niet sluiten voor het vreemde recht. Hij zag het namelijk als zijn taak om de soevereiniteit van het forum te verenigen met het gegeven dat vreemd recht een plaats heeft in interstatelijke verhoudingen. De theorie van Cook wordt treffend gevat in het volgende citaat:

“[t]he forum, when confronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and enforces as its own law a rule of decision identical, or at least highly similar though not identical, in scope with a rule of decision found in the system of law in force in another state or country with which some or all foreign elements are connected [...] The forum thus enforces not a foreign right but a right created by its own law.”¹⁷¹

¹⁶⁷ Zie aldus Von Mehren 1969, p. 685 en Juenger 1983, p. 154.

¹⁶⁸ Symeonides 2008, p. 92.

¹⁶⁹ Sommigen menen dat de *local law theory* ook kan worden toegerekend aan Judge Learned Hand, aldus onder meer Kegel 1964, p. 107. Zie over het leven van Hand de biografie van de hand van G. Gunther, *Learned Hand, The Man and the Judge*, New York: Alfred A. Knopf 1994.

¹⁷⁰ Cook 1942, p. 29.

¹⁷¹ Cook 1942, p. 20-21.

Zo moest een rechter dus een eigen regel creëren die tot dezelfde oplossing zou leiden als de buitenlandse regel. Wanneer acht moest worden geslagen op een buitenlandse regel was in de ogen van Cook nog een probleem op zich, maar Cook had wel een idee. Hij stond namelijk een pragmatische oplossing voor, waarin de *lex fori* niet per se bevoordeeld werd. Bij de oplossing van een werkelijk wetsconflict waren wat hem betreft het economische en sociale doel van de conflicterende regels doorslaggevend:

“In making a choice between these rules, it is obvious that here as elsewhere the basis must be a pragmatic one – of the effect of a decision one way or the other in giving a practical working rule. In this connection it may be that in some cases it makes little difference which rule is adopted, so long as it is reasonably clear and definite and after its adoption is not departed from in cases clearly falling within it, but in others clearly vital problems of social and economic policy must be considered before a wise choice between conflicting rules can be made.”¹⁷²

De theorieën van Cook hebben in de rechtspraktijk weinig navolging gekregen. Wel hebben zij andere Amerikaanse rechtsgeleerden geïnspireerd in hun denken over het conflictenrecht. Zo heeft Cook bijvoorbeeld Currie op het spoor gezet van zijn *governmental interest analysis*, maar voordat diens theorieën aan bod komen, bespreek ik hierna eerst de vroege gedachten van Cavers.

3.4.3 Cavers

Cavers was een pupil van Beale en net als Beale was Cavers een aanhanger van de soevereiniteitsgedachte. Desalniettemin verwierp hij Beales theorieën als onjuist. Dat deed hij voor het eerst in een artikel uit 1933 getiteld: “A Critique of the Choice-of-Law Problem”. In dit artikel wilde Cavers afrekenen met de orthodoxe conflictregels, omdat de rechter op grond daarvan “*is to select the jurisdiction whose law is to be applied without reference to the content of the particular rules of decision thereby chosen*”.¹⁷³ Daardoor zou het conflictenrecht geen effectief instrument zijn “*for achieving justice and advancing policy goals in choice-of-law cases*”,¹⁷⁴ reden waarom Cavers de methodologie van het internationaal privaatrecht wilde aanvallen:

¹⁷² Cook 1942, p. 45-46.

¹⁷³ Cavers 1985, p. 3.

¹⁷⁴ *Idem*.

“A change in methodology invites a re-inspection of the problem to be attacked, for the formulation of a problem is likely to be as much the product of an approach as the approach is the product of the problem.”¹⁷⁵

Vervolgens betoogde Cavers dat de rechter het wetsconflict niet moest beslechten aan de hand van (blinde) verwijzingsregels, maar dat hij die materiële rechtsregel moest toepassen die het beste recht deed aan de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval.¹⁷⁶ In dat verband moest de rechter voornamelijk kijken naar het doel en de strekking van de mogelijk conflicterende toepasselijke materiële rechtsregels en de feiten van de voorliggende zaak. Daarbij accepteerde Cavers dat verschillende rechters tot verschillende uitkomsten konden komen, omdat zij de feiten anders interpreteerden of belang hechtten aan andere zaken.¹⁷⁷ Hij vatte zijn ideeën zelf als volgt samen:

“When a court is faced with a question whether to reject, as inapplicable, the law of the forum and to admit in evidence, as determinative of an issue in a case before it, a rule of law of foreign jurisdiction, it should:

- (1) scrutinize the event of transaction giving rise to the issue before it;
- (2) compare carefully the proffered rule of law and the result which its application might work in the case at bar with the rule of the forum (or other competing jurisdiction) and its effects therein;
- (3) appraise these results in the light of those facts in the event of transaction which, from the standpoint of justice between the litigating individuals or of those broader considerations of social policy which conflicting laws may evoke, link that event or transaction to one law or the other; recognizing
 - a) in the use of precedent, that those cases which are distinguishable only in the patterns of domestic laws they present, may for that reason suggest materially different from the case at bar, and
 - b) in the evaluation of contracts, that the contract achieves significance in proportion to the significance of the action or circumstance constituting it when re-

¹⁷⁵ Cavers 1985, p. 8.

¹⁷⁶ Cavers 1985, p. 19-20.

¹⁷⁷ Cavers 1985, p. 20.

lated to the controversy and the solutions thereto which the competing laws propound.

The end-product of this process of analysis and evaluation would, of course, be the application to the case at bar of a rule of law, derived either from the municipal law of the forum or that of some foreign state if proof of the latter were duly made. The choice of that law would not be the result of the automatic operation of a rule of principle of selection but of a search for a just decision in the principal case.”¹⁷⁸

Uit het voorgaande volgt dat Cavers in wezen een methode voorstond waarbij de rechter die regel moest toepassen die tot het beste resultaat zou leiden.¹⁷⁹ Cavers' vroege theorieën staan mijns inziens dan ook niet ver af van het gedachtegoed van de glossatoren die meenden dat die wet moest worden toegepast die tot het meest redelijke resultaat zou leiden.¹⁸⁰

3.4.4 *Currie*

De *governmental interest analysis* van Currie heeft een grote invloed gehad op het Amerikaanse conflictenrechtelijk denken¹⁸¹ en zij heeft het Amerikaanse conflictenrechtelijke denken geruime tijd beheerst nadat Currie zijn gedachten in de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw aan het papier toevertrouwde.¹⁸² Bij zijn analyse stelde Currie voorop dat er geen conflictenrechtelijke problemen zouden bestaan als alle staten hetzelfde materiële recht zouden hebben.¹⁸³ Dat was echter niet het geval. Er bestond derhalve wel degelijk een conflictenrechtelijk probleem, welk probleem moest worden opgelost. Niet aan de hand van het territorialiteitsdenken en evenmin met behulp van de geldende conflictregels, aangezien “*the rules so evolved have not worked and cannot be made to work.*”¹⁸⁴ Daarom zouden wij volgens Currie beter af zijn zonder conflictregels.¹⁸⁵ Hij was dan ook een voorstander van *ad hoc* oplossingen, en wel langs de volgende lijnen:

“1. Normally, even in cases involving foreign elements, the court should be expected, as a matter of course, to apply

¹⁷⁸ Cavers 1985, p. 22-23.

¹⁷⁹ Zie ook Symeonides 2008, p. 94.

¹⁸⁰ Zie paragraaf 2.3.1.

¹⁸¹ Zie ten aanzien van de theorieën Currie onder meer Strikwerda 1978, p. 173-178, Juenger 1984, p. 2 e.v. alsmede Symeonides 2008, p. 95-101.

¹⁸² Symeonides 2002, p. 48.

¹⁸³ Currie, p. 178-179.

¹⁸⁴ Currie, p. 180.

¹⁸⁵ Currie, p. 183, waar hij stelde: “*We would be better off without choice-of-law rules.*”

the rule of decision found in the law of the forum.

2. When it is suggested that the law of a foreign state should furnish the rule of decision, the court should, first of all, determine the governmental policy expressed in the law of the forum. It should then inquire whether the relation of the forum to the case is such as to provide a legitimate basis for the assertion of an interest in the application of that policy. This process is essentially the familiar one of construction and interpretation. Just as we determine by that process how a statute applies in time, and how it applies to marginal domestic situations, so we may determine how it should be applied to cases involving foreign elements in order to effectuate the legislative purpose.
3. If necessary, the court should similarly determine the policy expressed by foreign law, and whether the foreign state had an interest in the application of its policy.
4. If the court finds that the forum state has no interest in the application of its policy, but that the foreign state has, it should apply the foreign law.
5. If the court finds that the forum state has an interest in the application of its policy, it should apply the law of the forum, even though the foreign state also has an interest in the application of its contrary policy and, a fortiori, it should apply the law of the forum if the foreign state has no such interest.”¹⁸⁶

Hiermee was *the governmental interest analysis* geboren. Betoogde één van de partijen dat vreemd recht moest worden toegepast, dan moest de rechter eerst onderzoek doen naar het doel en de strekking van de verschillende mogelijke toepasselijke wetten. Daarna zou hij kunnen bepalen welke staat of staten eventueel belang hadden bij de toepassing van hun regels.¹⁸⁷ Dit onderzoek, dat in elke zaak weer verricht moest worden, had de volgende mogelijke uitkomsten:

1. Slechts één van de betrokken staten had belang bij toepassing van zijn recht. In dat geval is er sprake van een “*false conflict*”.
2. Meer dan één van de betrokken staten had belang bij toepassing van zijn recht. In dat geval is er een “*true conflict*”.
3. Geen van de betrokken staten had belang bij toepassing van zijn

¹⁸⁶ Currie, p. 183-184.

¹⁸⁷ Zie ook Symeonides 2008, p. 98.

recht. In dit geval is er sprake van een “*no-interest case*”.¹⁸⁸

Is er sprake van een *true conflict*, een *no-interest case* of een *false conflict*, waarbij de forumstaat wel belang had bij toepassing van zijn recht maar de vreemde staat niet, dan moest de materieelrechtelijke norm van de *lex fori* worden toegepast. De *lex fori* hoefde alleen niet te worden toegepast wanneer er sprake was van een *false conflict* waarbij de forumstaat geen (werkelijk) belang had bij toepassing van diens wet maar een vreemde staat wel.¹⁸⁹ Dan moest het recht van die staat worden toegepast.

Uit het voorgaande blijkt dat Currie de *lex fori* een bevoorrechte positie toekende.¹⁹⁰ Hij kwam hier voornamelijk toe op praktisch-dogmatische gronden. Currie meende namelijk dat “*a court is in no position to “weigh” the competing interests, or evaluate their relative merits, and choose between them accordingly.*”¹⁹¹ Het wegen van statelijke belangen is namelijk een politieke taak van een hogere orde, voorbehouden aan de wetgever. Het is derhalve “*a function that should not be committed to courts in a democracy*”.¹⁹² Die zienswijze bracht dus mee dat de rechter altijd de *lex fori* moest toepassen als de forumstaat een belang had bij de toepassing van zijn eigen recht.

Het kon overigens ook voorkomen dat géén van de conflicterende rechtsregels tot de *lex fori* behoorde. Voor die situatie verdedigde Currie in eerste instantie dat de rechter zich als *forum non conveniens* onbevoegd moest verklaren, althans de *lex fori* moest toepassen, aangezien: “*no good reason appears why the court should apply any other particular foreign law*”.¹⁹³ Later kwam Currie hierop terug. Toen vergunde hij de rechter wel de mogelijkheid om toch de belangen van de verschillende staten te wegen. Dat is opvallend, omdat hij de rechter in dit geval iets toestond dat hij hem in het normale geval – wanneer de *lex fori* wel bij het geschil betrokken zou zijn – niet toestond en waartoe hij hem in dat geval ook niet bekwam achtte.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Daarnaast kon er ook nog sprake zijn van een “*apparent conflict*”. Dan leek het in eerste instantie alsof meer dan één staat belang had bij toepassing van zijn recht, maar dat was bij nader inzien dan toch niet het geval.

¹⁸⁹ Zie hierover uitgebreid bijvoorbeeld De Boer 1987, p. 227-322.

¹⁹⁰ In gelijke zin Symeonides 2002, p. 47. Vergelijk Strikwerda 1978, p.174-176, die verdedigde dat de *lex fori* niet bevoordeeld wordt in Curries systeem.

¹⁹¹ Currie, p. 181.

¹⁹² Currie, p. 182.

¹⁹³ Currie, p. 607.

¹⁹⁴ Aldus ook Strikwerda 1978, p. 177.

Curries gedachten waren aanvankelijk een doorslaand succes in Amerika. Zo werd zijn *governmental interest analysis* in de wetenschap lovend ontvangen en werd zijn wijze van denken geregeld toegepast in de rechtszaal.¹⁹⁵ Vandaag de dag heeft de *governmental interest analysis* in de Verenigde Staten echter veel van zijn oorspronkelijke glans en praktische waarde verloren.¹⁹⁶ Bij contractuele geschillen wordt deze methode namelijk in geen enkele staat meer gehanteerd. Ook bij onrechtmatige daden is zijn praktische betekenis nihil, aangezien de *governmental interest analysis* nog slechts in een afgeslankte vorm wordt gebruikt in California en The District of Columbia.¹⁹⁷

3.4.5 Baxter

In 1963 opende Baxter zijn artikel in de *Stanford Law Review* met de volgende passage:

“After attempting for several years to teach the rules devised for the resolution of choice-of-law problems, I have concluded that those rules do not yield satisfactory results.”¹⁹⁸

Daarbij was Baxter ervan overtuigd geraakt dat de *vested rights theory* van Beale en de First Conflicts Restatement, die beiden waren gestoeld op de gedachte dat de voorliggende internationale kwestie met behulp van aanknopingspunten geografisch gezien kon worden ondergebracht in één staat of preciezer gezegd bij één recht, niet deugden. Wat Baxter betreft kon het conflictenrecht beter worden gebaseerd op normatieve criteria in lijn met Curries *governmental interest analysis*.¹⁹⁹ Baxter was het alleen niet eens met Curries gedachte dat *true conflicts* (ook wel *real conflicts* genoemd) moesten worden beslist met behulp van de *lex fori*. Hij vond namelijk dat:²⁰⁰

“Normative resolution of real conflicts cases is possible where one of the assertedly applicable rules is more pertinent to the case than the competing rule.”²⁰¹

Deze stelling werkte Baxter vervolgens uit in het vervolg van zijn artikel.

¹⁹⁵ Zie onder meer Juenger 1984, p. 13 e.v. alsmede Symeonides 2002, p. 48.

¹⁹⁶ Juenger 1984, p. 29 e.v.

¹⁹⁷ Zie onder andere Hay, Borchers & Symeonides, p. 114

¹⁹⁸ Baxter, p. 1.

¹⁹⁹ Baxter, p. 6.

²⁰⁰ Baxter, p. 8-9.

²⁰¹ *Idem*.

Kort gezegd kwam zijn theorie er op neer dat de belangen moeten worden afgewogen van de staten die een belang zouden kunnen hebben bij toepassing van hun wet. De rechter moest in dat verband onderzoeken *“to which extent the purpose underlying a rule will be furthered by application or impaired by nonapplication”*.²⁰² Vervolgens moest het recht van de staat wiens belangen het zwaarst wogen worden toegepast.²⁰³ Baxters methode is nadien bekend geworden als de *“comparative impairment analysis”*. Veel navolging heeft Baxter in de praktijk overigens niet gekregen. Zo vonden zijn ideeën aanvankelijk alleen weerklank in Californië, later ook nog in enkele andere staten.²⁰⁴

3.4.6 Wederom Cavers

In de jaren zestig van de vorige eeuw mengde Cavers zich nogmaals in de conflictenrechtelijke discussie in zijn *“The Choice-of-Law Process”*. Het debat ging wat hem betreft namelijk de verkeerde kant op. Zo was hij het fundamenteel oneens met Curries *ad-hoc* benadering. Meer structuur was namelijk vereist. Ofschoon Cavers in dat verband geen voorstander was van een Savigniaansachtig model – waarin de materieelrechtelijke regels niet centraal staan, maar waarbij aan de hand van een meerzijdige verwijzingsregel naar het toepasselijke recht wordt gezocht – wilde hij dat model niet per se naar de prullenbak verwijzen, omdat *“a good jurisdiction-selecting rule may emerge from a process of evaluating the claims of competing rules in contrasting law-fact patterns.”*²⁰⁵ Het gevaar was alleen dat de materiële rechtvaardigheid bij de toepassing van zulke regels in het gedrang kon komen. Cavers stelde daarom zeven richtinggevende *“principles of preference”* voor – vijf voor onrechtmatige daad en twee voor het contractenrecht – die konden worden toegepast als conventionele methoden geen bevredigende oplossing boden:²⁰⁶

- “1. Where the liability laws of the state of the injury set a higher standard of conduct or of financial protection against injury than do the laws of the state where the person causing the injury has acted or had his home, the laws of the state of injury should determine the standard and the protection applicable to the case, at least where the person injured was not so related to the person causing the injury that the question should be regulated to the law

²⁰² Baxter, p. 9.

²⁰³ Zie ook Pontier 1997, p. 109.

²⁰⁴ De Boer 2012, p. 37.

²⁰⁵ Cavers 1966, p. 238.

²⁰⁶ Cavers 1970, p. 153.

governing their relationship.²⁰⁷

2. Where the liability laws of the state in which the defendant acted and caused an injury set a lower standard of conduct or of financial protection than do the laws of the home state of the person suffering the injury, the laws of the state of conduct and injury should determine the standard of conduct or protection applicable to the case, at least where the person injured was not so related to the person causing the injury that the question should be regulated to the law governing their relationship.²⁰⁸
3. Where the state in which a defendant acted has established special controls, including the sanction of civil liability, over conduct of the kind in which the defendant was engaged when he caused a foreseeable injury to the plaintiff in another state, the plaintiff, though having no relationship to defendant, should be accorded the benefit of the special standards of conduct and of financial protection in the state of the defendant's conduct, even though the state of injury had imposed no such controls or sanctions.²⁰⁹
4. Where the law of a state in which a relationship has its seat has imposed a standard of conduct or of financial protection on one party to that relationship for the benefit of the other party which is higher than the like standard imposed by the state of injury, the law of the former state should determine the standard of conduct or of financial protection applicable to the case for the benefit of the party protected by that state's law.²¹⁰
5. Where the law of a state in which a relationship has its seat has imposed a standard of conduct or of financial protection on one party to that relationship for the benefit of the other party which was lower than the standards imposed by the state of injury, the law of the former state should determine the standard of conduct or financial protection applicable to the case for the benefit of the party whose liability that state's law would deny or limit.²¹¹

²⁰⁷ Cavers 1966, p. 139.

²⁰⁸ Cavers 1966, p. 146.

²⁰⁹ Cavers 1966, p. 159.

²¹⁰ Cavers 1966, p. 166.

²¹¹ Cavers 1966, p. 177.

6. Where, for the purpose of providing protection from the adverse consequences of incompetence, heedlessness, ignorance, or unequal bargaining power, the law of a state has imposed restrictions on the power to contract or to convey or encumber property, its protective provisions should be applied against a party to the restricted transaction where (a) the person protected has a home in the state (if the law's purpose were to protect the person) and (b) the affected transaction or protected property interest were centered there or, (c) if it were not, this was due to facts that were fortuitous or had been manipulated to evade the protective law.²¹²
7. If the express (or reasonable inferable) intention of the parties to a transaction involving two or more states is that the law of a state which is reasonably related to the transaction should be applied to it, the law of that state should be applied if it allows the transaction to be carried out, even though neither party has a home in the state and the transaction is not centered there. However, this principle does not apply if the transaction runs counter to any protective law the preceding principle would render applicable or if the transaction includes a conveyance of land and the mode of conveyance or the interests created run counter to applicable mandatory rules of the situs of the land. This principle does not govern the legal effect of the transaction on third parties with independent interests."²¹³

Met voorgaande principes, die slechts werken in een beperkt aantal gevallen, heeft Cavers niet voor ogen gehad om alle mogelijke gevallen te regulariseren. Cavers' principes zouden door rechters namelijk moeten worden uitgewerkt voor allerlei andere situaties,²¹⁴ zodat na verloop van tijd *"there would be hundreds of them, each controlling within its small legal-factual sphere and correlating reasonably with the others."*²¹⁵ Dat is er evenwel nooit van gekomen.

3.4.7 *Leflar & the better law approach*

Net als voor Cavers was het conflictenrecht voor Leflar een hulpmiddel

²¹² Cavers 1966, p. 181.

²¹³ Cavers 1966, p. 194.

²¹⁴ Cavers 1970, p. 152 e.v.

²¹⁵ Aldus Leflar, McDougal & Felix, p. 275.

bij de zoektocht naar het meest gewenste materieelrechtelijke resultaat. Wat dat betreft sloot hij aan bij Cavers, maar onderscheidde hij zich bijvoorbeeld van Currie en Cook. Laatstgenoemden streefden immers nog steeds een “*conflict justice*” na.²¹⁶ Bij zijn zoektocht naar de meest gewenste materieelrechtelijke uitkomst formuleerde Leflar in de jaren zestig van de vorige eeuw vervolgens vijf “*choice influencing considerations*”, die zouden moeten helpen “[to] produce some improvement in the results of adjudication along with a substantial improvement in understanding the results.”²¹⁷ Daarbij liet Leflar zich duidelijk inspireren door de eerdere werken van andere Amerikaanse rechtsgeleerden die reeds een veelvoud aan *choice influencing considerations* hadden benoemd. Leflar kwam op zijn beurt tot de volgende vijf *considerations*:

1. Predictability of results

Volgens Leflar was het belangrijk dat rechters in dezelfde gevallen overal tot dezelfde uitkomsten zouden komen. Zo konden partijen op voorhand inschatten welk recht zou worden toegepast en werd *forum shopping* zinloos. Wat dat betreft was een rechtskeuze natuurlijk ideaal, maar niet noodzakelijk. Ook bij gebreke van een rechtskeuze moest het conflictenrecht namelijk voorspelbare resultaten opleveren. Daarmee was de rechtszekerheid immers gediend, zij het dat rechtszekerheid niet een doel op zich mocht zijn.

2. Maintenance of interstate and international order

Bij elke conflictenrechtelijke beslissing moesten de belangen van andere staten in ogenschouw worden genomen. Anders zou het conflictenrecht tot problematische en jammerlijke uitkomsten kunnen leiden, hetgeen “*retaliation in kind*” of “*retaliatory comity*” zou kunnen meebrengen.²¹⁸ Dat vermijden moest worden beschouwd als een reëel conflictenrechtelijk doel.

3. Simplification of the judicial task

Voorts moest het recht niet moeilijker zijn dan strikt noodzakelijk. Dat bracht voor het conflictenrecht onder meer mee dat het forum in beginsel zijn eigen procesrecht moest toepassen, tenzij een vreemde regel van procesrecht invloed had op de uitkomst van het geschil en het voor de aangezochte rechter niet al te moeilijk zou zijn om die regel toe te passen. Dan zou die regel eventueel ook kunnen worden toegepast.

²¹⁶ Symeonides 2008, p. 102.

²¹⁷ Leflar 1966-I, p. 327.

²¹⁸ Leflar, McDougal & Felix, p. 293.

4. Advancement of the forum's governmental interest

Leflar stelde vervolgens voorop dat *"every court has a natural and largely justifiable concern with advancement of the governmental interests of its own state"*.²¹⁹ Derhalve was het niet onredelijk om aan te nemen dat *"if two states really have opposing governmental interests, then advancement of the forum's interests as against those of the other state must be accepted as a legitimate part (but not all) of the choice-of-law process"*.²²⁰ Tegelijkertijd waarschuwde Leflar evenwel dat *"this does not justify an unreasoning fallback on forum preference as a substitute for choice-of-law thinking"*.²²¹ Daarom moest een governmental interest analysis altijd *"include all the relevant concerns that the particular government, not only as a sovereign entity but as a repository of justice, may have in a set of facts or an issue"*.²²²

5. The application of the better rule of law

Tot slot ging Leflar ervan uit dat het conflictenrecht niet gaat om een keuze tussen rechtsstelsels maar om een keuze tussen conflicterende rechtsregels. Daarbij zouden rechters in een voorliggend geval de *"better rule of law"* kunnen toepassen. Rechters *"will normally prefer the law that makes good sense when applied to the facts"*,²²³ zodat zij in een individueel geval recht konden doen:

*"When the choice is made in favor of applying what by the forum's standard is the better of the competing rules of law, it is likely that justice between the litigating parties will by that standard be approximated too."*²²⁴

Daarbij erkende Leflar dat rechters, mede gezien de vierde *consideration*, mogelijk genegen zouden zijn om hun eigen recht toe te passen, maar zij hoefden dat in geen geval: *"The inclination of any reasonable court will be to prefer rules of law which make good socio-economic sense for the time when the court speaks, whether they be its own or another state's rules"*.²²⁵ Zo zouden rechters:

"appreciate as well as can anyone else the fact that their forum law in some areas is anachronistic, be-

²¹⁹ Leflar, McDougal & Felix, p. 295.

²²⁰ Leflar, McDougal & Felix, p. 297.

²²¹ Leflar, McDougal & Felix, p. 295.

²²² Leflar 1977, p. 210-211.

²²³ Leflar 1977, p. 214.

²²⁴ Leflar, McDougal & Felix, p. 297.

²²⁵ Leflar 1966-II, p. 1588.

hind the times, a “drag on the coattails of civilization”, or that the law of some other state has these benighted characteristics. [...] it would be surprising if the court’s choice did not incline toward the superior law. [...] It will normally prefer the law that makes good sense when applied to the facts.”²²⁶

De eerste drie *considerations* waren volgens Strikwerda²²⁷ en De Boer²²⁸ gericht tot de wetgever. Zij konden volgens hen namelijk lastig worden gebruikt door een rechter bij de beoordeling van een concreet wetsconflict. Het valt evenwel te betwijfelen of Leflar het zelf ook zo zag, aangezien hij zelf stelde dat met behulp van al zijn *considerations*:

“courts can replace with statements of real reasons the mechanical rules and circuitously devised approaches which have appeared in the language of conflicts opinions, too often as cover-ups for the real reason that underlay the decisions.”²²⁹

Ook uit de voorbeelden die Leflar in zijn werken noemt, kan worden afgeleid dat hij van mening was dat rechters rekenschap konden geven van alle vijf *considerations* bij de oplossing van een concreet wetsconflict.²³⁰ Wel lijkt de vijfde *consideration* van alle *considerations* het meest praktisch, het meest tot de verbeelding sprekend en het eenvoudigst te hanteren, maar dat wil nog niet zeggen dat aan deze *consideration* meer gewicht kon worden toegekend dan aan de andere vier,²³¹ zij het dat de vijfde *consideration* in de praktijk meestal doorslaggevend was in zaken waarin Leflars methode werd gevolgd.²³² Leflar had zich dat zelf naar alle waarschijnlijkheid echter anders voorgesteld. Net als bij de andere vier *considerations* het geval kon zijn, kon de vijfde *consideration* volgens Leflar in het ene geval namelijk wel een rol spelen doch in het andere geval niet:

“this fifth consideration [...] is only one of the five, more important in some types of cases than in others, almost controlling in some but far in the background in others.”²³³

²²⁶ Leflar, McDougal & Felix, p. 298-299.

²²⁷ Strikwerda 1978, p. 185.

²²⁸ De Boer 1987, p. 327.

²²⁹ Leflar 1966-II, p. 1584-1585.

²³⁰ Zie bijvoorbeeld Leflar 1966-II, p. 1588 e.v., waar hij zijn vijf *considerations* toepast in een aantal zaken.

²³¹ Leflar 1977, p. 215.

²³² Aldus Symeonides 2008, p. 102-103.

²³³ *Idem*.

Tussen de vijf *considerations* bestond volgens Leflar dan ook geen rangorde. Bovendien moet men er voor waken om Leflars *choice influencing considerations* te beschouwen als vuistregels, aldus Leflar zelf:²³⁴

“The function of the considerations should be to assure a continuing re-examination of precedents, a readiness to lay aside old mechanical rules that turn out to be without support in the considerations or that contradict them, yet at the same time to promise a reaffirmation of old rules, or at least of old results, that conform to and implement the considerations.”²³⁵

Ofschoon de gedachten van Leflar niet onverdeeld positief zijn ontvangen, aangezien de *better law approach* de bevoordeling van de *lex fori* zou kunnen meebrengen ten opzichte van vreemd recht, heeft Leflars stelsel van *choice influencing considerations* wel zijn weerklank gevonden bij de Amerikaanse rechter.²³⁶ Dat zou komen omdat Leflars stelsel pragmatisch is, gedragen wordt door een evolutionaire gezindheid en vooral ook gepresenteerd wordt zonder ingewikkelde theoretische verhandelingen.²³⁷ De *better law approach* wordt thans in vijf staten (Arkansas, Minnesota, New Hampshire, Rhode Island en Wisconsin) gebruikt in het geval van onrechtmatige daad. Bij contractuele geschillen zijn er twee staten (Minnesota en Wisconsin) waar Leflars methode wordt toegepast.²³⁸

3.4.8 Ehrenzweig

Tot slot bespreek ik de gedachten van Ehrenzweig. Hij was geïnspireerd door de uitgangspunten van het Amerikaanse rechtsrealisme en hij was bovendien een fel tegenstander van de conceptualisering en theoretisering van het conflictenrecht,²³⁹ aangezien van de theorie in de praktijk weinig was overgebleven, met als gevolg een discrepantie tussen theorie en praktijk.²⁴⁰ Volgens Ehrenzweig moest zodoende worden gezocht naar regels die in de praktijk werden en konden worden toegepast, waarbij Ehrenzweig zich een (uitgesproken) tegenstander toonde van Beales *vested rights theory* en Curries *governmental interest analysis*,²⁴¹ omdat bei-

²³⁴ Leflar 1977, p. 215.

²³⁵ Leflar, McDougal & Felix, p. 300-301.

²³⁶ Strikwerda 1978, p. 186. Zie ook De Boer 1987, p. 323.

²³⁷ *Idem*.

²³⁸ Hay, Borchers & Symeonides, p. 115.

²³⁹ Pontier 2004, p. 84.

²⁴⁰ Ehrenzweig 1960, p. 641.

²⁴¹ Zie hierover uitgebreid Ehrenzweig 1962, p. 348 e.v.

de theorieën zijns inziens te ver afstonden van de werkelijkheid.²⁴² Over Beales gedachten oordeelde Ehrenzweig bijvoorbeeld zonder omwegen dat zij moesten worden verworpen.²⁴³ Curries theorie was evenmin een “*useful tool or even a usable concept in the law of choice of law*”.²⁴⁴ Sterker nog, het zou “*encumber the interpretation of the forum’s policies and would thus become another dangerous tool in the hands of unskilled courts*”.²⁴⁵ Verder verwierp Ehrenzweig de gedachte van Currie dat de *lex fori* van toepassing zou moeten zijn “*whenever the forum can claim at least a competing interest*” en betwijfelde hij of “*governmental interests*” wel speelden in de meeste zaken.²⁴⁶ Het conflictenrecht ziet namelijk hoofdzakelijk op private disputen, waarin publieke belangen geen of slechts een kleine rol spelen en waarvoor overheden in de regel geen interesse hebben, aldus Ehrenzweig. Aan de andere kant zag Ehrenzweig wel iets in Cavers’ *principles of preference* en Leflars *choice influencing considerations*, aangezien in beide gevallen zou worden uitgegaan van een gevestigde praktijk.²⁴⁷ Ehrenzweig uitte evenwel niet alleen kritiek op anderen. Hij lanceerde ook zijn eigen “*lex fori approach*”. Startpunt van Ehrenzweigs leer was de gedachte dat conflictenrechtelijke geschillen:

“are only those cases involving contacts with foreign laws, in which those laws differ from that of the forum.”²⁴⁸

In alle andere gevallen was er immers geen conflict. Zodoende moest het conflictenrecht in die gevallen buiten toepassing blijven en moest in die gevallen de materiële *lex fori* worden toegepast. Vervolgens constateerde Ehrenzweig dat rechters door de eeuwen heen:

“have in fact nearly always given preference to their own laws in the decision of conflicts cases, both interstate and international, and have usually applied foreign law only in situations where such preference was contrary to the intentions of the parties or would have caused hardship on other grounds”.²⁴⁹

Ehrenzweig wilde daarmee niet aangeven wat rechters “*ought to do but*

²⁴² Reimann 1993, p. 401-403.

²⁴³ Ehrenzweig 1962, p. 324-325.

²⁴⁴ Ehrenzweig 1962, p. 350 en Ehrenzweig 1974-I, p. 782.

²⁴⁵ Ehrenzweig 1961, p. 241.

²⁴⁶ Ehrenzweig 1962, p. 349.

²⁴⁷ Zie hierover Reimann 1993, p. 403-404.

²⁴⁸ Ehrenzweig 1962, p. 311.

²⁴⁹ Ehrenzweig 1960, p. 643-644.

what they have always done."²⁵⁰ Het was voor hem namelijk een feitelijk gegeven dat rechters bijna steeds de voorkeur gaven aan de toepassing van het eigen recht.²⁵¹ Dat praktische en feitelijke gegeven bracht Ehrenzweig tot de gedachte dat de rechter een groter gewicht moest toekennen aan zijn eigen recht bij de vraag welk recht moest worden toegepast.²⁵² In dat verband vond Ehrenzweig bijvoorbeeld dat:

"the elementary function of forum law, in a complex history of unitarian and pluralistic thinking, has been obscured by the assumption of pseudo rules of choice of law according to which certain types of transactions would be "governed" by certain "applicable" foreign laws."²⁵³

Desalniettemin was Ehrenzweig niet tegen de toepassing van vreemd recht. Zo stelde hij onder meer dat:

"Transactions with foreign elements are not a priori "governed" by foreign laws whose application is merely corrected by the law of the forum. Rather, such application must be *analytically* understood as an exception from the basic rule calling for the application of the *lex fori*. Analytically, not quantitatively, to be sure."²⁵⁴

Ehrenzweig erkende dus dat er situaties waren waarin de *lex fori* buiten toepassing moest blijven ten faveure van vreemd recht.²⁵⁵ Zo kon vreemd recht (in de praktijk) zelfs vaker van toepassing zijn dan de *lex fori*. Wat dat betreft stelde Ehrenzweig zelfs dat "*we shall ultimately promote rather than reduce the actual application of foreign laws*".²⁵⁶

Een en ander bracht Ehrenzweig tot de volgende methode, waarbij hij in zekere zin aansloot bij Von Wächters ideeën uit het midden van de 19^e eeuw.²⁵⁷ Was er een internationaal verdrag van toepassing dat de toepassing van een conflictregel voorschreef, dan moest die conflictregel worden toegepast. Was er geen verdrag van toepassing, dan moest het nationale forale recht worden toegepast. Aan de hand van dat recht moest

²⁵⁰ Ehrenzweig 1968, p. 216.

²⁵¹ Zie ook Pontier 2004, p. 85.

²⁵² Ehrenzweig 1960, p. 643 en p. 688.

²⁵³ Ehrenzweig 1962, p. 308.

²⁵⁴ Ehrenzweig 1962, p. 314.

²⁵⁵ Ehrenzweig 1962, p. 347 e.v.

²⁵⁶ Ehrenzweig 1962, p. 350.

²⁵⁷ Zie onder meer Lipert, p. 46 en Juenger 1982, p. 119.

vervolgens worden bepaald welk recht van toepassing was. Waren er geen conflictregels in de vorm van een “*formulated rule*”²⁵⁸ of een “*true rule*”²⁵⁹ voorhanden, dan diende in beginsel de materiële *lex fori* te worden toegepast, tenzij aan de hand van een interpretatie van de “*forum policies*” – die ten grondslag lagen aan de relevante materieelrechtelijke bepalingen – moest worden geoordeeld dat vreemd recht diende te worden toegepast. Dit laatste zou echter niet snel het geval zijn.²⁶⁰

Ehrenzweigs gedachten hebben in de Amerikaanse rechtspraktijk uiteindelijk weinig navolging gevonden.²⁶¹ De belangrijkste reden daarvoor is waarschijnlijk dat zijn uitgangspunten, die ten grondslag lagen aan zijn theorie, hem een buitenstaander maakten in het Amerikaanse conflictenrechtelijke debat:

“Both as a critic of conceptualism and as an advocate of his own agenda he was out of tune with mainstream conflicts jurisprudence.”²⁶²

In Europa hebben Ehrenzweigs ideeën, voor zover ik heb kunnen nagaan, ook weinig stof doen opwaaien,²⁶³ wellicht omdat zijn ideeën niet bijzonder revolutionair waren vergeleken met die van bijvoorbeeld Currie, terwijl Ehrenzweig tegelijkertijd een tegenstander leek te zijn van de Savigniaanse gedachte dat alle rechtsstelsels gelijkwaardig zijn en voor gelijke toepassing in aanmerking komen.²⁶⁴ Ehrenzweig was echter niet tegen de toepassing van vreemd recht en hij was evenmin per se tegen de toepassing van feitelijk-geografische verwijzingsregels om de voorliggende kwestie te verwijzen naar het recht van een bepaalde staat. In tegenstelling tot Von Savigny ging hij er echter vanuit dat het forale recht de primaire bron was van het conflictenrecht, dat zijns inziens derhalve geen universeel karakter had. De *lex fori* moest zodoende, behalve wan-

²⁵⁸ “*Formulated rules*” zijn regels die expliciet volgen uit statuut, precedent of doctrine. Opvallend genoeg schaaft Ehrenzweig daar op p. 352 van zijn boek uit 1962 dus ook doctrine onder, terwijl hij daar op pagina 308 van datzelfde boek alleen statuut en precedent onder schaaft.

²⁵⁹ Een “*true rule*” is daarentegen niet geformuleerd, maar kan wel worden afgeleid uit het handelen van rechters in specifieke gevallen, aldus Ehrenzweig 1962, p. 308 en Ehrenzweig 1974, p. 44-45.

²⁶⁰ Ehrenzweig 1974-II, p. 39 e.v., waarover voorts Siehr 1970, p. 601 e.v., Reimann 1993, p. 407, Pontier 1997, p. 115 alsmede Pontier 2004, p. 85.

²⁶¹ Reimann 1993, p. 411 e.v.

²⁶² Reimann 1993, p. 416.

²⁶³ Vergelijk Kegel 1964, p. 224 e.v. voor een uiterst kritische beschouwing en Siehr 1970, p. 631-632 voor wat meer positieve kritiek.

²⁶⁴ Zie hierover Ehrenzweig 1974-II, p. 49.

neer een internationale verplichting tot het tegendeel noopte, net als bij Von Wächter bepalen wanneer vreemd recht van toepassing was. Vreemd recht was derhalve enkel bij wijze van uitzondering van toepassing. “*Analytically, not quantitatively*”.

3.4.9 De huidige stand van het Amerikaanse conflictenrecht

Na de hiervoor besproken schrijvers, wier ideeën niet onbesproken konden blijven om de ontwikkeling van het Amerikaanse conflictenrecht te doorgronden, zijn er geen methodologische verhandelingen meer verschenen die evenveel invloed hebben gehad en na hen heeft het Amerikaanse conflictenrecht eigenlijk geen krachtige wetenschappelijke impulsen meer gekregen.²⁶⁵ Dat brengt mij op de Second Conflicts Restatement uit 1971, waarin de kritieken op de First Conflicts Restatement grotendeels zijn verwerkt.²⁶⁶ De Second Conflicts Restatement wordt gekarakteriseerd door drie pijlers: (i) het concept van *the most significant relationship*, (ii) de *policies* van paragraaf 6 en (iii) het grote aantal verschillende specifieke aanknopingspunten voor verschillende specifieke situaties (*issues*).²⁶⁷ In de eerste paragraaf van de Second Conflicts Restatement wordt uitgelegd waarom het conflictenrecht nodig is:

“The world is composed of territorial states having separate and different systems of law. Events and transactions occur, and issues arise, that may have a significant relationship to more than one state, making necessary a special body of rules and methods for their ordering and resolution.”

Paragraaf 2 bepaalt vervolgens wat het conflictenrecht doet:

“Conflict of Laws is that part of the law of each state which determines what effect is given to the fact that the case may have a significant relationship to more than one state.”

Zo gezien staan het Amerikaanse conflictenrecht en het continentale conflictenrecht wat terminologie betreft niet meer zo ver van elkaar. Beiden gaan bij wijze van uitgangspunt immers op zoek naar het recht waar de

²⁶⁵ De Boer 2012, p. 41.

²⁶⁶ Het opstellen van een nieuwe Restatement was aangevangen in 1953. Als Reporter was aangewezen Reese. Voor een uiteenzetting over zijn gedachten verwijs ik naar zijn publicatie uit 1964 in het *Recueil des Cours* (Reese 1964, p. 357 e.v.). Intussen is de Second Conflicts Restatement ouder dan de meeste andere conflictenrechtelijke codificaties in andere landen, waarover Michaels 2009, p. 12.

²⁶⁷ Hay, Brochers & symeonides, p. 63.

voorliggende kwestie het nauwst mee verbonden is. Alleen is de aanvliegroute anders geweest, net als de uitwerking.²⁶⁸ Zo knoopt men in het kader van de Second Conflicts Restatement niet aan bij de rechtsverhouding, maar bij *issues* en is een *issue-by-issue* analyse vereist waarbij verdere *dépeçage* nog mogelijk is. Een rechtsverhouding kan zodoende meer dan één *Sitz* hebben. Daarbij ziet men in paragraaf 6 van de Second Conflicts Restatement – waar een aantal niet-geografische en niet-feitelijke “*Choice-of-Law Principles*” worden weergegeven, die moeten worden betrokken bij de zoektocht naar het toepasselijke recht wanneer een specifieke regel ontbreekt²⁶⁹ – de invloeden van de Amerikaanse conflictenrechtelijke revolutie uit de 20^e eeuw duidelijk terug:

- (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
- (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include:²⁷⁰
 - (a) the needs of the interstate and international systems,
 - (b) the relevant policies of the forum,
 - (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
 - (d) the protection of justified expectations,
 - (e) the basic policies underlying the particular field of law;
 - (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
 - (g) ease in the determination and application of the law to be applied.²⁷¹

De “*factors*” van paragraaf 6 doen “*no more than state what factors should be considered in arriving at a conclusion*”, terwijl “*it does not state how a particular question of choice of law should be decided in the light of these factors or even what relative weight should be accorded to them*”.²⁷² Voornoemde aanknopingsfactoren zijn evenmin weergegeven in een hiërarchische orde en zij moeten in elke zaak opnieuw worden gewogen. Zij kunnen zelfs tot verschillende uitkomsten leiden, met als gevolg dat “*they fall short of providing an actual choice of law for the court*”.²⁷³ Wel helpen zij om weg te blij-

²⁶⁸ Zie hierover bijvoorbeeld Reimann 1999.

²⁶⁹ Kay, p. 196.

²⁷⁰ Het betreft overigens geen limitatieve opsomming

²⁷¹ Wat opvalt bij bestudering van voornoemde lijst is dat Leflars *better-law* criterium niet staat opgenomen.

²⁷² Reese 1976, p. 44.

²⁷³ Symeonides 2002, p. 60.

ven van een “*jurisdiction-selecting choice based solely on factual contact*”.²⁷⁴ In het licht van het voorgaande moet dan ook worden geconcludeerd dat de Second Conflicts Restatement een andere invalshoek heeft dan het Savigniaanse verwijzingsmodel, dat ten grondslag ligt aan het Europese conflictenrecht.²⁷⁵ In het begin werd er veel kritiek geuit op de Second Conflicts Restatement, onder meer door Currie en Ehrenzweig.²⁷⁶ Dat heeft haar relatieve succes evenwel niet verhinderd. In 24 staten wordt zij bijvoorbeeld gevolgd bij onrechtmatige daad, terwijl zij in 23 staten wordt gevolgd met betrekking tot overeenkomsten.²⁷⁷ Daarnaast wordt zij ook veelvuldig toegepast door federale rechtbanken. Symeonides betoogt dan ook dat de Second Conflicts Restatement het conflictenrechtelijke denken in de Verenigde Staten vandaag de dag domineert.²⁷⁸ Dat laat evenwel onverlet dat de Second Conflicts Restatement verre van in alle staten wordt gebruikt. In de resterende staten worden dan ook andere methoden gehanteerd om het toepasselijk recht te bepalen, zoals bijvoorbeeld Curries *governmental interest analysis*²⁷⁹ of Leflars *choice influencing considerations*.²⁸⁰ Tot slot is nog vermeldenswaardig dat Louisiana in 1991 als eerste staat een uitgebreide en algemene wet op het conflictenrecht heeft aangenomen.²⁸¹ Daarna is Oregon gevolgd. Daar gelden thans wetten ter bepaling van het toepasselijk recht bij overeenkomsten (2001) en onrechtmatige daad (2009).²⁸² Voor zover andere staten al wettelijk vastgelegde verwijzingsregels kennen is dat hooguit voor enkele (hele) specifieke kwesties.²⁸³

3.4.10 De doorwerking van de Amerikaanse revolutie

De Amerikaanse conflictenrechtelijke revolutie die voortkwam uit onvrede over het Savigniaanse multilaterale verwijzingsprocedé en de First Conflicts Restatement, die beiden werden gekenmerkt door regelblindheid, abstractie en neutraliteit, heeft het Savigniaanse verwijzingsprocedé niet wezenlijk kunnen beïnvloeden.²⁸⁴ Dat komt waarschijnlijk omdat de Amerikaanse ideeën in de praktijk te weinig houvast en teveel interpreta-

²⁷⁴ *Idem.*

²⁷⁵ Symeonides 2002, p. 61.

²⁷⁶ Zie hieromtrent nader Hay, Borchers & Symeonides, p. 68.

²⁷⁷ Symeonides & Perdue, p. 401 e.v., inclusief kaart en tabel.

²⁷⁸ Symeonides 2008, p. 112.

²⁷⁹ Vergelijk paragraaf 3.4.2.4.

²⁸⁰ Vergelijk paragraaf 3.4.2.6.

²⁸¹ Weintraub is daarover bijvoorbeeld gematigd positief (Weintraub 2010, p. 14-15).

²⁸² Hay, Borchers & Symeonides, p. 116.

²⁸³ Felix & Whitten, p. 210.

²⁸⁴ Michaels 2008-II, p. 1611.

tievrijheid boden om het Savigniaanse verwijzingsmodel werkelijk te kunnen vervangen.²⁸⁵ Wel heeft de Amerikaanse revolutie bijgedragen tot een hernieuwde gedachtevorming over de grondslagen van het Savigniaanse conflictenrecht en heeft zij invloed gehad op het Savigniaanse verwijzingsmodel. Zo hebben de Amerikaanse conflictenrechtelijke theorieën onder meer bijgedragen aan het Europese compromis tussen neutrale (waardevrije) aanknopingen en doelgerichte belangenafweging.²⁸⁶ Daardoor kan ook worden gesteld dat de Amerikanen hebben bijgedragen aan een herbezinning op het rechtvaardigheidsgehalte van het klassieke internationaal privaatrecht.²⁸⁷ Een tastbaar bewijs hiervan is het opnemen van aan het materiële recht ontleende waarde- en doelvoorstellingen in verwijzingsregels.²⁸⁸ Vonken noemt als concrete voorbeelden de gelijkheid van man en vrouw, het belang van het kind, de bescherming van structureel zwakkere partijen en het op het begunstigingsbeginsel gebaseerde alternatieve aanknopingsprocedé.²⁸⁹ Ons huidige conflictenrecht wordt dan ook gekenmerkt door een methoden pluralisme.²⁹⁰ Dat brengt mij aan het slot van deze paragraaf op het volgende citaat van De Boer:

“Het is de verdienste van de Amerikaanse theoretici geweest dat zij, ook in Europa, de geesten hebben rijp gemaakt voor een verschuiving van het conflictenrechtelijk paradigma in materieelrechtelijke richting. Van de Europeanen kan gezegd worden dat zij compromissen hebben weten te vinden tussen abstractie en realiteit, tussen regelblinde verwijzing en belangenafweging, tussen neutraliteit en *lex forisme*.”²⁹¹

3.5 Soevereiniteit versus plicht om vreemd recht toe te passen

3.5.1 Inleiding

Gezien de vorige paragrafen zal menig een al snel geneigd zijn om de vragen (i) of het internationaal privaatrecht deel uitmaakt van het internationale recht en (ii) of staten verplicht zijn om vreemd recht toe te passen met ‘nee’ te beantwoorden. De Realistische stroming – waartoe ook de Angelsaksen zouden kunnen worden gerekend – heeft het pleit immers gewonnen en het gedachtegoed van de Volkenrechtelijke stroming

²⁸⁵ Zie onder meer De Boer 1987, p. 511 en Reimann 2001, p. 113.

²⁸⁶ De Boer 2012, p. 42.

²⁸⁷ Asser/Vonken 10-I, 301.

²⁸⁸ In gelijke zin Symeonides 2001, p. 128 en p. 138-140.

²⁸⁹ Asser/Vonken 10-I, 301.

²⁹⁰ Zie ook Vischer, p. 43, De Boer 1993, p. 22 en Vonken 1993-I, p. 300.

²⁹¹ De Boer 2012, p. 43.

is verbannen.²⁹² Staten worden derhalve soeverein geacht voor wat betreft het internationaal privaatrecht en het conflictenrecht wordt veelal geacht niet meer te behelzen dan een set nationale regels die worden toegepast in kwesties met een internationaal element.²⁹³ Aanhangers van de Realistische stroming menen dan ook dat staten in beginsel zelf mogen bepalen of, en zo ja, welk vreemd recht wordt toegepast binnen hun landsgrenzen.²⁹⁴

Geen enkele kosmopolitische staat past echter onverkort zijn eigen recht toe, ook al bestaat er ten aanzien van bepaalde kwesties nog wel eens een selectief nationalisme en dus een voorkeur voor het eigen recht. Zo is het Nederlandse recht bijvoorbeeld van toepassing op (i) de vorm van de huwelijksvoltrekking in Nederland,²⁹⁵ (ii) de vorm van de voltrekking van een geregistreerd partnerschap alhier en de voorwaarden waaronder zij kan worden aangegaan,²⁹⁶ alsmede (iii) de rechtsgevolgen voor het ontstaan en de verbreking van de familierechtelijke betrekkingen van in Nederland uitgesproken adopties.²⁹⁷ Er zijn daarnaast nog wel enkele andere voorbeelden van een selectief nationalisme aan te wijzen, maar voor de meeste onderwerpen mag het eigen recht in Nederland zich formeel niet langer verheugen op een bevoorrechte positie, terwijl veel andere staten ten aanzien van een veelheid aan onderwerpen bij wijze van uitgangspunt ook bereid zijn om de toepassing van vreemd recht binnen hun grenzen te accepteren. De vraag rijst dan ook waarom een staat dat doet. Die vraag is interessant, omdat de omstandigheden waaronder die vraag wordt gesteld steeds veranderen.²⁹⁸

3.5.2 *Doel van het conflictenrecht*

Een staat kent een conflictenrecht ter regulering van het internationale privaatrechtelijke rechtsverkeer. Daarbij wordt de deelnemer aan het internationale rechtsverkeer en de rechtsverhouding centraal gesteld.²⁹⁹ Zo wordt in ons huidige kosmopolitische conflictenrecht aan die persoon

²⁹² Een moderne uitzondering is Bleckmann. Hij verdedigde in 1992 nog dat het conflictenrecht zijn grondslag vindt in het volkenrecht. Zie Bleckmann, p. 42 en p. 59 e.v.

²⁹³ Zie onder meer Wortley 1954, p. 256, Juenger 1994, p. 206 en Michaels 2008-II, p. 1615.

²⁹⁴ Dat laat onverlet dat vreemd recht in sommige landen, zoals bijvoorbeeld in Engeland, wordt gezien als feit, terwijl het in andere landen, zoals bijvoorbeeld Nederland, wordt gezien als recht. In hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5 komt dit nader aan de orde.

²⁹⁵ Artikel 10:30 BW.

²⁹⁶ Artikel 10:60 BW.

²⁹⁷ Artikel 10:106 BW.

²⁹⁸ In gelijke zin Von Mehren 2002, p. 402 en Michaels 2008-I, p. 121.

²⁹⁹ Zie ook Dubbink 1973, p. 66.

of aan de internationale rechtsverhouding een bepaald recht – het meest geëigende recht – gekoppeld,³⁰⁰ ofschoon het verwijzingsresultaat onder bepaalde omstandigheden wel eens wordt gecorrigeerd, bijvoorbeeld met behulp van de openbare orde of een voorrangsregel. Derhalve zou kunnen worden betoogd dat het doel van het moderne conflictenrecht is om het daarheen te geleiden dat de belangen worden geëerbiedigd van de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer. Zo helpt het conflictenrecht de afdwingbaarheid van rechten en plichten met inachtneming van de belangen van alle betrokkenen bij het internationale privaatrechtelijke rechtsverkeer op een zo doelmatig en rechtvaardig mogelijke wijze te bewerkstelligen.³⁰¹

3.5.3 *De plicht voor staten om vreemd recht toe te passen*

Ofschoon de rechtvaardiging voor de toepassing van vreemd recht in een kwestie met internationale elementen gezien het doel van het conflictenrecht zonder meer gevonden kan worden in rechtvaardigheids-, doelmatigheids- en andere utiliteitsoverwegingen, is de vraag interessant of aan de toepassing van vreemd recht ook een rechtsplicht ten grondslag zou kunnen liggen, aangezien staten in dat geval in beginsel niet met een beroep op hun eigen soevereiniteit de toepassing van vreemd recht kunnen weigeren. Het antwoord op deze vraag moet vervolgens worden gezocht in de bronnen van het internationaal recht, waarvan een niet-limitatieve opsomming gevonden kan worden in artikel 38 van het Statuut van het International Court of Justice (ICJ).³⁰² Volgens dit artikel onderscheidt men in ieder geval de volgende rechtsbronnen:³⁰³

- (a) International conventions, whether general or particular [...];
- (b) International custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (c) The general principles of law recognized by civilized nations;
- (d) [j]udicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the de-

³⁰⁰ Enzo Neuhaus 1978, p. 72.

³⁰¹ In een artikel uit 1938 merkte Meijers op dat destijds ook nog wel werd verdedigd dat het conflictenrecht tot doel had om de wederzijdse soevereiniteit af te palen, waarover nader Meijers 1955, p. 384 e.v. Die gedachte heeft evenwel aan belang verloren, nu de persoon en de rechtsverhouding in het internationaal privaatrecht centraal zijn komen te staan waardoor het belang van de staat naar de achtergrond is verdronken.

³⁰² Voor de taken en bevoegdheden van het ICJ verwijs ik naar artikel 34 e.v. van het Statuut.

³⁰³ Hierbij kan worden opgemerkt dat artikel 38 van het statuut van de Permanent Court of International Justice (PCIJ) – de voorloper van de ICJ, die bestond vanaf zijn oprichting in 1922 tot 1946 – dezelfde rechtsbronnen noemde.

termination of rules of law.

Artikel 38 verhindert echter niet om ergens anders te zoeken naar regels van internationaal recht, waardoor ook rekening kan worden gehouden met eenzijdige acties van staten,³⁰⁴ daden van internationale organisaties, *soft law* en *equity*.³⁰⁵ De bronnen van het internationaal recht staan echter niet allemaal hiërarchisch op gelijke hoogte. Verdragen en regels van gewonterecht zijn namelijk de primaire rechtsbronnen. Daarna komen algemene rechtsbeginselen.³⁰⁶ Rechterlijke uitspraken, doctrine en alle overige bronnen hebben een meer subsidiair karakter.³⁰⁷ Bij mijn onderzoek of het internationale recht een plicht kan behelzen voor staten om vreemd recht toe te passen beperk ik mij hierna tot verdragen en het gewonterecht. Alleen in die twee gevallen is er namelijk sprake van een "*true international law*", zoals ook kan worden afgeleid uit de *Case of Serbian Loans*³⁰⁸ en de *Case of Brazilian Loans*.³⁰⁹ In beide zaken kwam onder meer de vraag aan de orde welk recht van toepassing was op Servische respectievelijk Braziliaanse leningen die waren gesloten voorafgaand aan de Eerste Wereldoorlog. Bij de beantwoording van de vraag welk recht op de leningsovereenkomst moest worden toegepast stelde het PCIJ in de *Case of Serbian Loans*:³¹⁰

- (1) Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country.
- (2) The question as to which this law is forms the subject of that branch of law which is at the present day usually described as private international law or the 'doctrine of the conflict of laws'.
- (3) The rules thereof may be common to several States and may even be established by international conventions or customs, and in the latter case may possess the character of true international law governing the relations between States.
- (4) But apart from this, it has to be considered that these rules form part of municipal law.³¹¹

³⁰⁴ Nasser, p. 78.

³⁰⁵ Zie onder meer Nasser, p. 59 e.v. alsmede Malanczuk, p. 52-56.

³⁰⁶ Zo zouden algemene rechtsbeginselen kunnen worden gebruikt wanneer verdragen en regels van gewonterecht afwezig of onduidelijk zijn, dus ter opvulling van lacunes in voornoemde bronnen, aldus Werner & Wessels, p. 79.

³⁰⁷ Shaw, p. 87-88.

³⁰⁸ PCIJ 12 juli 1929, *Series A*, No. 20 (*Case of Serbian Loans*).

³⁰⁹ PCIJ 12 juli 1929, *Series A*, No. 21 (*Case of Brazilian Loans*).

³¹⁰ *Case of Serbian Loans*, p. 41. De nummering is door de schrijver dezes toegevoegd.

³¹¹ Zie hierover ook Van Loon & De Dycker, p. 86.

Wanneer conflictregels aldus ingebed liggen in verdragen of het internationaal gewoonterecht vinden zij hun grondslag niet (meer) in het nationale recht, maar in een supranationale rechtsbron. Zij maken dan onderdeel uit van het internationale recht.

3.5.3.1 *Verdragen*

Verdragen spelen een steeds voornamere rol als bron van internationale verplichtingen, hetgeen waarschijnlijk komt doordat verdragen van alle rechtsbronnen de meeste zekerheid scheppen met betrekking tot de rechten en plichten van de verschillende rechtssubjecten in het internationale landschap. Artikel 2 van het Weens Verdragenverdrag³¹² definieert een verdrag als volgt:

“an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”

Uit artikel 3 van hetzelfde verdrag volgt evenwel dat verdragen ook kunnen worden gesloten door andere rechtssubjecten dan staten, met uitzondering van private partijen, en dat verdragen niet per se in een geschrift hoeven te worden vastgelegd.³¹³ Daarom komt Nasser met de volgende definitie van een verdrag:

“Treaty is every agreement concluded between two or more subjects of international law, destined to produce legal effects and regulated by international law.”³¹⁴

Verdragen zijn verbindend voor de contracterende partijen. Dat volgt bijvoorbeeld ook uit artikel 26 van het Weens Verdragenverdrag, welk artikel bepaalt dat “[e]very treaty is binding upon the parties to it and must be performed in good faith”.

3.5.3.1(a) *Specifieke verdragen*

Er werden én worden veelvuldig verdragen gesloten op grond waarvan staten een specifieke verplichting op zich nemen om vreemd recht toe te

³¹² Het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht.

³¹³ Daarbij moet worden opgemerkt dat het Weens Verdragenverdrag op zulke verdragen niet van toepassing is, waarover uitgebreid Malanczuk, p. 130-131.

³¹⁴ Nasser, p. 69.

passen, in de regel na toepassing van een bepaalde en bij verdrag overeengekomen conflictregel.³¹⁵ Bij verdrag kunnen staten zichzelf aldus de verplichting opleggen om een conflictregel en het door die conflictregel aangewezen recht toe te passen.³¹⁶ Ook Nederland doet dat en verdragen zijn zodoende een belangrijke bron van het in Nederland geldende internationaal privaatrecht.³¹⁷ Als voorbeelden van conflictenrechtelijke verdragen kan worden gedacht aan het:

- (i) Verdrag van 4 mei 1971 welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg;
- (ii) Verdrag van 14 maart 1978 betreffende het toepasselijke recht op vertegenwoordiging;
- (iii) Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO); en
- (iv) Verdrag van 1 juli 1985 inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts.

Daarnaast kunnen staten bij verdrag ook eenvormig recht overeenkomen, dat in bepaalde omstandigheden moet worden toegepast. Het bekendste voorbeeld op dat gebied is natuurlijk het Weens Koopverdrag. Door deze en andere verdragen trachten de verdragsluitende staten te komen tot een harmonisatie van specifieke onderwerpen. Daarbij behoeft het geen uitgebreid betoog dat de regels die zijn gecodificeerd in verdragen slechts verbindend zijn voor de verdragsluitende staten. Andere staten zijn er als vanzelfsprekend niet aan gebonden en hoeven de daarin vervatte regels niet toe te passen, tenzij die verdragen regels van gewoonterecht weer spiegelen maar dat zal niet snel het geval zijn.

Verdragsbepalingen op het gebied van het internationaal privaatrecht (en het eenvormig recht) kunnen vrijwel allemaal worden aangemerkt als voor een ieder verbindend,³¹⁸ zodat zij uit hoofde van artikel 93 GW ook rechtstreeks kunnen worden toegepast binnen de Nederlandse rechtsorde. Blijken nationale bepalingen vervolgens in strijd te komen met relevante internationale regelingen, dan moeten eerstgenoemde bepalingen op grond van artikel 94 GW buiten toepassing blijven. Binnen de grenzen van artikel 25 Rv zal de rechter derhalve zelf telkenmale moeten onder-

³¹⁵ Zie ook Panhuys, p. 380 en p. 382 e.v.

³¹⁶ Strikwerda 2006, p. 119, waar hij tevens het mogelijke probleem van samenloop signaleert.

³¹⁷ Zie ook artikel 10:1 BW.

³¹⁸ Zie onder meer het Rapport van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht van 1 juni 2002 over de Algemene Bepalingen Wet internationaal privaatrecht (hierna: Rapport Staatscommissie IPR), p. 11.

zoeken of er supranationaal conflictenrecht bestaat waarmee onverenigbaar commun conflictenrecht buiten toepassing moet blijven.³¹⁹ De rechter heeft in zoverre dus een eigen verantwoordelijkheid.

Bij de meeste van deze verdragen is overigens geen internationale rechter aangewezen.³²⁰ Daardoor is de uitleg en toepassing in handen van de rechters van de verdragsluitende staten. Om toch een eenvormige toepassing te bewerkstelligen bepalen verdragen geregeld dat rekening moet worden gehouden met de wenselijkheid om bij de uitlegging en de toepassing eenheid te bereiken. Wil men vervolgens daadwerkelijk een zekere eenvormigheid realiseren dan vereist dat een – in ieder geval gedeeltelijk – loslaten van vaak vanzelfsprekende en nauwelijks nog bewuste nationale eigenheden.³²¹ In dat verband moeten rechters dus ook bereid zijn om buitenlandse rechtspraak en literatuur in ogenschouw te nemen. Oftewel, bij de uitleg en toepassing van verdragen is een internationale oriëntatie geboden.

Een internationale oriëntatie is bovendien geïndiceerd gezien artikel 31 en artikel 32 van het Weens Verdragenverdrag – welke artikelen een weerspiegeling vormen van internationaal gewoonterecht³²² – die regels bevatten voor de uitleg van verdragsbepalingen. Kort samengevat kan worden gesteld dat een verdrag primair taalkundig moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context in het licht van het voorwerp en het doel van het betreffende verdrag. Subsidiair kan dan een beroep worden gedaan op aanvullende middelen van uitlegging, in het bijzonder de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten. Ook onze Hoge Raad heeft artikel 31 en artikel 32 Weens Verdragenverdrag wel eens expliciet gebruikt in een conflictenrechtelijke context. Ik denk hier in de eerste plaats aan het arrest over de *Iraanse echtscheiding* uit 1997.³²³ In die zaak hadden partijen op de vordering van de vrouw ter zake van levensonderhoud ten processe gezamenlijk voor

³¹⁹ Polak 2002, p. 78-79.

³²⁰ Een moderne uitzondering is bijvoorbeeld het EVO. Ter zake van dat verdrag is het HvJEU sinds 1 augustus 2004 namelijk bevoegd toen diens Eerste Protocol van 19 december 1988 in werking trad. Daarnaast kan bijvoorbeeld ook nog worden gedacht aan het *Protocole pour reconnaître à la Court Permanente de Justice Internationale la compétence d'interpréter les Conventions de La Haye de droit international privé* van 31 maart 1931 uit hoofde waarvan het PCIJ de bevoegdheid kreeg te oordelen over de interpretatie van de Haagse Verdragen, maar dit protocol heeft zijn waarde – ondanks het feit dat het nooit vervallen is verklaard – waarschijnlijk verloren. Zie wat dat betreft Van Loon & De Dycker, p. 106.

³²¹ Vranken 2011, p. 542.

³²² Zie hieromtrent Hartenstein, p. 82.

³²³ HR 21 februari 1997, NJ 1998, 416, m.nt. De Boer (*Iraanse echtscheiding*).

toepassing van Nederlands recht gekozen, welke rechtskeuze door de rechter was gevolgd, terwijl op de echtscheiding Iraans recht was toegepast. De man ging daarop in cassatie. Daar stelde hij onder meer dat het Haags Alimentatieverdrag uit 1973 niet voorzag in een rechtskeuze door partijen en dat Iraans recht had moeten worden toegepast op grond van artikel 8 van het Haags Alimentatieverdrag, nu dat artikel bepaalt dat onderhoudsverplichtingen van gescheiden echtgenoten worden beheerst door het recht dat op de echtscheiding is toegepast. Zodoende kwam in cassatie in wezen de vraag aan de orde of een processuele keuze voor een ander recht onder laatstgenoemd verdrag mogelijk was, welke vraag de Hoge Raad beantwoordde met inachtneming van de maatstaven van artikel 31 en artikel 32 van het Weens Verdragenverdrag. Daarbij stelde de Hoge Raad voorop dat het Haagse Alimentatieverdrag geen bepaling bevat die uitsluitel geeft over de betekenis van een gezamenlijke rechtskeuze, terwijl de tekst, gelezen in samenhang met de preambule, de mogelijkheid van een gezamenlijke rechtskeuze ook niet ondubbelzinnig uitsluit. Dat bracht volgens de Hoge Raad mee dat de maatstaf van artikel 31 van het Weens Verdragenverdrag op dit punt geen ondubbelzinnige uitleg opleverde, zodat voornoemde vraag moest worden beantwoord met behulp van aanvullende middelen van uitlegging als bedoeld in artikel 32 van laatstgenoemd verdrag. Met inachtneming daarvan kwam de Hoge Raad vervolgens tot de conclusie dat de rechtskeuze die in dit geval aan de orde was – te weten een keuze door de echtelieden van het recht van het land waar zij reeds lange tijd hun gemeenschappelijke woonplaats hadden, zodat zij geacht kunnen worden met de rechtsfeer daarvan verbonden te zijn, en dat tevens het recht is van de rechter die over de alimentatieverplichting oordeelt – mogelijk is. Artikel 31 en artikel 32 Weens Verdragenverdrag speelden daarnaast bijvoorbeeld een rol in *Brandsma/Hansa*.³²⁴ In die zaak stond de vraag centraal of artikel 12 EVO ook regelt welk recht van toepassing is op de vereisten waaraan de cessie van een vordering moet voldoen om de goederenrechtelijke overgang ervan te bewerkstelligen. Die vraag was volgens de Hoge Raad een vraag van uitleg, die diende te worden beantwoord aan de hand van de aanwijzingen in artikel 18 EVO en conform de maatstaven van artikel 31 en artikel 32 Weens Verdragenverdrag:

“Art. 18 EVO bepaalt dat bij de uitleg en de toepassing van de eenvormige regels rekening moet worden gehouden met het internationale karakter ervan en met de wenselijkheid om eenheid te bereiken in de wijze waarop zij worden uitgelegd en toegepast. Dit brengt mee dat de rechter bij de uitlegging en

³²⁴ HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585, m.nt. De Boer (*Brandsma/Hansa*).

toepassing van art. 12 EVO niet de materiële regeling van de cessie in het interne recht van zijn land, met het daarin gehanteerde begrippenstelsel, tot uitgangspunt behoort te nemen.

Uit het bepaalde in art. 31 lid 1 en art. 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht volgt voorts dat art. 12 EVO moet worden uitgelegd met inachtneming van de context en in het licht van voorwerp en doel van het EVO, en dat voor een bevestiging van de betekenis welke die uitlegging oplevert, een beroep kan worden gedaan op de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het EVO is gesloten.”

Daarop kwam de Hoge Raad na ampele overweging tot zijn befaamde oordeel dat de verwijzingsregel van artikel 12 lid 1 EVO niet alleen geldt voor de obligatoire verhouding tussen cedent en cessionaris, maar tevens voor de goederenrechtelijke aspecten van de cessie. De geldigheidsvereisten voor de overgang van de gecedeerde vordering naar het vermogen van de cessionaris en de werking van deze overgang tegenover andere derden dan de schuldenaar werden volgens de Hoge Raad dan ook beheerst door het recht dat ingevolge de verwijzingsregels van het EVO op de cessie-overeenkomst van toepassing is. Opvallend genoeg worden artikel 31 en artikel 32 Weens Verdragenverdrag niet altijd toegepast bij de uitleg van conflictenrechtelijke verdragen. Het Haags Verkeersongevallenverdrag 1971 en het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag 1973 bevatten bijvoorbeeld alleen objectieve verwijzingsregels en voorzien dus niet in een subjectieve aanknoping, hetgeen in de literatuur als onbevredigend wordt ervaren en de gedachte die algemeen ingang heeft gevonden is dan ook dat een rechtskeuze wel mogelijk zou moeten zijn. De rechtvaardiging daarvoor wordt echter niet gezocht met behulp van artikel 31 en artikel 32 Weens Verdragenverdrag. Men verdedigt namelijk dat voornoemde verdragen als gevolg van een rechtskeuze buiten toepassing moeten worden gelaten.³²⁵ Zo dicht men de verdragsrechtelijke conflictenregels als het ware een facultatief karakter toe,³²⁶ welke aanpak navoring heeft gekregen in de rechtspraak.³²⁷

³²⁵ Zie daarover ook De Boer 1993, p. 26 en Vonken 2000, p. 47.

³²⁶ Zie instemmend De Boer in punt 1 zijn noot onder HR 21 februari 1997, NJ 1998, 416, m.nt. De Boer (*Iraanse echtscheiding*). Zie over het facultatief conflictenrecht meer in het bijzonder paragraaf 5.4.

³²⁷ Aldus bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 11 juli 1985, NIPR 1986, 292 (*Yollu/Sakarya*), Rechtbank Rotterdam 15 oktober 1993, NIPR 1995, 240 (*Murrayfield/Gearbulk*) en Rechtbank 's-Gravenhage 13 december 1995, NIPR 1997, 102 (*E/NN*) – in welke zaken telkens een (stilzwijgende) processuele rechtskeuze voor Nederlands recht werd aangenomen – alsmede Rechtbank Arnhem 18 februari 2005, NIPR 2009, 122 (*A/NBM*), in welke zaak een buitengerechtelijke rechtskeuze voor Nederlands recht werd aangenomen. Daarbij overwoog de rechtbank expliciet dat “een van de uitkomst van het Verdrag afwijkende

Een veronachtzaming door een staat van zijn verdragsverplichtingen kan ertoe leiden dat de staat waarvan de benadeelde een onderdaan is een procedure entameert. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de zaak van Marie Elisabeth Boll.³²⁸ Zij had de Nederlandse nationaliteit, maar woonde in Zweden bij haar moeder. Toen laatstgenoemde overleed werden er vervolgens in zowel Zweden als Nederland procedures gevoerd omtrent de voogdij van het meisje. In Nederland werden uiteindelijk twee voogden benoemd. Bovendien verordonneerde de rechter dat het kind moest worden overgeleverd aan één van hen. In Zweden werd in dezelfde periode juist een maatregel van "*skyddsuppfostran*" (lees: beschermende opvoeding) opgelegd op grond waarvan het kind moest worden opgevoed door familie van de overleden moeder. Het meisje werd aldus niet overgedragen aan de Nederlandse voogd. Nederland meende daarop dat voornoemde maatregel in strijd was met de *Convention du 12 Juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs*. Op grond van dit verdrag werd het voogdijschap namelijk beheerst door de nationaliteit van het kind. De Zweedse maatregel zou de Nederlandse voogdijregeling derhalve op oneigenlijke gronden ondermijnen. Nederland liet het er in dit geval niet bij zitten en entameerde een procedure tegen Zweden bij het ICJ. Dat oordeelde evenwel dat er *in casu* geen sprake was van een verdragschending.³²⁹ Deze zaak is opmerkelijk, omdat staten in de regel niet snel interfereren wanneer het om private aangelegenheden gaat. Kennelijk was dit voor Nederland derhalve een belangrijke (principiële) kwestie of anderszins een *high profile* zaak.

3.5.3.1(b) De doorwerking van het Unierecht

Toen het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag) in 1957 werd gesloten, werd niet expliciet voorzien in een samenwerking op het gebied van het conflictenrecht, ofschoon ingevolge artikel 220 EEG-Verdrag wel werd gestreefd naar een samenwerking en een vereenvoudiging van de formaliteiten met betrekking tot de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen en scheidsrechterlijke beslissingen.³³⁰ Met het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), dat op 7 februari 1992 in Maastricht is ondertekend, waarbij

rechtskeuze mogelijk is. Niet valt in te zien wat daartegen is, aangezien het hier gaat om een rechtsverhouding die ter vrije bepaling van partijen staat."

³²⁸ ICJ 28 november 1958, ICJ Rep. 1958, 55 (*Netherlands v. Sweden*).

³²⁹ Zie hierover onder meer Sauveplanne 1986, p. 179 e.v. alsmede Van Loon & De Dycker, p. 87-93.

³³⁰ Het EVO vond zijn grondslag formeel dus niet in het EEG-Verdrag, waarover ook Joustra 2002, p. 9. Wel zijn het EEX-Verdrag en het parallelle Verdrag van Lugano op grond van artikel 220 EEG-Verdrag tot stand gekomen.

onder meer de naam van de Europese Economische Gemeenschap werd gewijzigd in Europese Gemeenschap, is vervolgens een eerste stap gezet in de ontwikkeling van een communautair conflictenrecht. De opstellers van dit verdrag zagen het, met het oog op het verwezenlijken van de doelstellingen van de Unie, namelijk als hun gemeenschappelijke belang om een justitiële samenwerking te realiseren in burgerlijke zaken.³³¹ Vervolgens is het communautaire internationaal privaatrecht in een stroomversnelling geraakt door het Verdrag van Amsterdam, dat op 2 oktober 1997 is ondertekend.³³² Zo bepaalde artikel 61, aanhef en onder (c) van het EG-Verdrag sindsdien dat de Raad met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid maatregelen moest nemen op het gebied van justitiële samenwerking als bepaald in artikel 65, voor zover zij nodig waren voor de goede werking van de interne markt.³³³ Ingevolge sub b van laatstgenoemd artikel moesten onder meer maatregelen worden genomen ter bevordering van *“de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen”*. Met artikel 65 EG-Verdrag werd aldus bewerkstelligd dat het conflictenrecht door middel van verordeningen en richtlijnen zou kunnen worden geregeld,³³⁴ waarmee de verschillen tussen nationale conflictregels zouden kunnen worden weggenomen. Dat zou de rechtszekerheid ten goede komen en het zou een soepeler verloop van het internationale rechtsverkeer bewerkstelligen.³³⁵ Dit streven naar harmonisatie heeft onder meer geresulteerd in Rome I,³³⁶ Rome II³³⁷ en de insolventieverordening.³³⁸ Krachtens het Verdrag van Lissabon, dat op 13 december 2007 is ondertekend, is het EG-Verdrag omgedoopt tot het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).³³⁹ Artikel 81 van laatstgenoemd verdrag is voor het internationaal privaatrecht thans de kernbepaling. Dat artikel, waarin niet meer de eis is opgenomen dat de communautaire maatregelen op het gebied van het internationaal privaatrecht nodig moeten zijn voor de goede werking van de interne markt, luidt als volgt:

³³¹ Artikel K.1, eerste regel en onder (6).

³³² Aldus Joustra 2002, p. 11-12.

³³³ Zie hieromtrent onder meer Basedow, p. 180 e.v.

³³⁴ Vlas 2015, p. 20.

³³⁵ Zie ook Knot, p. 7.

³³⁶ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

³³⁷ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

³³⁸ Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

³³⁹ Zie hieromtrent Vlas 2015, p. 21.

1. De Unie ontwikkelt een justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, die berust op het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en van beslissingen in buitengerechtelijke zaken. Deze samenwerking kan maatregelen ter aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten omvatten.
2. Voor de toepassing van lid 1 stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure, met name wanneer dat nodig is voor de goede werking van de interne markt, maatregelen vast die het volgende beogen:
 - a. de wederzijdse erkenning tussen de lidstaten van rechterlijke beslissingen en van beslissingen in buitengerechtelijke zaken en de tenuitvoerlegging daarvan;
 - b. de grensoverschrijdende betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken;
 - c. de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen;
 - d. samenwerking bij het vergaren van bewijsmiddelen;
 - e. daadwerkelijke toegang tot de rechter;
 - f. het wegnemen van de hindernissen voor de goede werking van burgerrechtelijke procedures, zo nodig door bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende bepalingen inzake burgerlijke rechtsvordering;
 - g. de ontwikkeling van alternatieve methoden voor geschillenbeslechting;
 - h. de ondersteuning van de opleiding van magistraten en justitieel personeel.
3. In afwijking van lid 2, worden maatregelen betreffende het familierecht met grensoverschrijdende gevolgen vastgesteld door de Raad, die volgens een bijzondere wetgevingsprocedure besluit. De Raad besluit met eenparigheid van stemmen, na raadpleging van het Europees Parlement.

De Raad kan op voorstel van de Commissie bij besluit vaststellen ten aanzien van welke aspecten van het familierecht met grensoverschrijdende gevolgen handelingen volgens de gewone wetgevingsprocedure kunnen worden vastgesteld. De Raad besluit met eenparigheid van stemmen, na raadpleging van het Europees Parlement.

Het in de tweede alinea bedoelde voorstel wordt aan de nationale parlementen toegezonden. Indien binnen een termijn van zes maanden na die toezending door een nationaal parlement bezwaar wordt aangetekend, is het besluit niet vastgesteld. Indien geen bezwaar wordt aangetekend, kan de Raad het besluit vaststellen.

Een voortschrijdend ingrijpen van de Unie op de statelijke soevereiniteit om een verdergaande harmonisatie van conflictregels te kunnen bewerkstelligen kan, in het licht van de veronderstelling dat een harmonisatie van het conflictenrecht het internationale rechtsverkeer ten goede komt, worden gelegitimeerd vanuit een streven naar rechtszekerheid en voorspelbaarheid, stimulering van het internationale handelsverkeer en vergemakkelijking van het leven van de deelnemers aan dat rechtsverkeer.

In de Europese rechtspraak is ook enkele keren de vraag aan de orde geweest of een conflictregel in samenhang met het door de conflictregel aangewezen materiële recht in strijd kwam met fundamentele beginselen van Unierecht. Ik verwijs hier in de eerste plaats naar het arrest van het HvJEU inzake *Garcia Avello* uit 2003,³⁴⁰ in welke zaak het volgende speelde.³⁴¹ Twee minderjarige kinderen woonden met hun vader Garcia Avello, Spaans onderdaan, en hun moeder Isabelle Weber, Belgisch onderdaan, in België. De kinderen waren geboren in België. Zij hadden de Belgische en de Spaanse nationaliteit. Overeenkomstig het Belgische recht had de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand in de geboorteakte van de kinderen als familienaam de naam van hun vader ingeschreven. Enkele jaren later verzochten de ouders evenwel aan de Belgische overheid om de familienaam van hun kinderen te vervangen door “Garcia Weber”, een samenvoeging van beide achternamen conform het Spaanse namenrecht, onder welke naam zij ook waren ingeschreven bij de consulaire afdeling van de Spaanse ambassade in België. De Belgische overheid weigerde de naamswijziging echter met een beroep op het Belgische materiële recht. Dat recht was namelijk van toepassing op grond van artikel 3 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 12 april 1930 nopens zekere vragen betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit³⁴² in combinatie met artikel 3 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek.³⁴³ In de prejudiciële procedure kwam onder meer de vraag aan de orde of artikel 12 EG-Verdrag (thans artikel 18 VWEU), welk artikel elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt en artikel 17 EG-Verdrag (thans artikel 20 VWEU), op grond waarvan alle onderdanen van de lidstaten als burger van de Unie de rechten genieten die zijn vervat in het EG-Verdrag, werden geschonden. Bij de beantwoording van deze vraag overwoog het

³⁴⁰ HvJEU 2 oktober 2003 (C-148/02), *Jurispr.* blz. I-11613 (*Garcia Avello*).

³⁴¹ Zie over deze uitspraak verder bijvoorbeeld Oosterom-Staples, p. 57 e.v., De Groot 2004, p. 360 e.v., Jayme 2006, p. 25-26 alsmede Kinsch 2011, p. 23.

³⁴² Uit hoofde van deze bepaling mag iedereen die twee of meer nationaliteiten bezit door ieder der staten waarvan hij de nationaliteit heeft als zijn onderdaan worden beschouwd. Daardoor konden de kinderen in België als Belgisch onderdaan worden gezien.

³⁴³ Dat artikel bepaalt dat de wetten betreffende de staat en de bekwaamheid van de personen toepasselijk zijn op Belgen.

HvJEU dat de Belgisch-Spaanse kinderen *in casu* hetzelfde werden behandeld als een Belgisch kind. Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld, zo overwoog het HvJEU, maar vaste rechtspraak is ook dat, indien er sprake is van verschillende situaties deze niet gelijk mogen worden behandeld. In dit licht onderzocht het hof of, in het perspectief van de aan het Unierecht te onttlenen rechten, het bezit van de dubbele nationaliteit op relevante wijze verschilde van het bezit van enkel de Belgische nationaliteit. Het HvJEU was van oordeel dat het hier inderdaad om een relevant verschil ging. Anders dan het Belgische kind zouden Belgisch-Spaanse kinderen immers in de twee betrokken rechtsordes, te weten de Spaanse en de Belgische, twee verschillende namen hebben, hetgeen voor de betrokken kinderen een hinkende rechtsverhouding met betrekking tot de naam zou doen ontstaan.³⁴⁴ Een dergelijke verscheidenheid van namen zou voor de betrokkenen immers ernstige ongemakken in hun beroeps- en privéleven kunnen veroorzaken. Dat resulteerde in het oordeel dat:

“De artikelen 12 EG en 17 EG moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich ertegen verzetten dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding de overheid van een lidstaat weigert een gunstig gevolg te geven aan een verzoek om naamsverandering met betrekking tot minderjarige kinderen die in die staat verblijven en de dubbele nationaliteit, die van die staat en die van een tweede lidstaat, bezitten, wanneer dat verzoek tot doel heeft dat die kinderen de naam kunnen dragen die zij zouden dragen op grond van het recht en de gebruiken van de tweede lidstaat.”³⁴⁵

Uit voorgaande uitspraak kan aldus worden afgeleid dat het Unierecht invloed kan uitoefenen op het resultaat van een verwijzing als op grond van het door de relevante conflictregel aangewezen recht een of meer fundamentele rechtsbeginselen worden geschonden. Ofschoon uit hoofde van het Belgische recht de grondslag ontbrak om tegemoet te komen aan het verzoek tot naamswijziging, moest dat kort gezegd toch gebeuren om te voorkomen dat de juridische status van de betrokken personen per lidstaat zou verschillen. Zodoende moest de Belgische overheid van haar eigen wettelijke voorschriften afwijken, dan wel deze wijzigen. In het laatste verband zou in het licht van de kwestie die hier aan de orde is hetzij de verwijzingsregel kunnen worden aangepast hetzij het materiële

³⁴⁴ Asser/Vonken 10-II, 48.

³⁴⁵ R.o. 45.

recht kunnen worden veranderd.³⁴⁶

Gedurende voornoemde prejudiciële procedure inzake *Garcia Avello* kwam een soortgelijke kwestie aan de orde in de Nederlandse rechtspraak. Een meisje was hier geboren uit Spaanse ouders en zij kreeg naast de Spaanse nationaliteit ook de Nederlandse nationaliteit. Bij de geboorteaangifte verzocht de vader om het Spaanse namenrecht toe te passen, zodat het meisje een gecombineerde achternaam kon voeren conform het Spaanse namenrecht. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde dat echter met een beroep op artikel 2 van de Wet Conflictenrecht Namen. Aangezien het meisje ook de Nederlandse nationaliteit had, was op grond van dat artikel namelijk het Nederlandse namenrecht van toepassing. De ambtenaar van de burgerlijke stand paste dan ook het Nederlandse recht toe. Aldus kreeg het meisje de achternaam van haar vader. De ouders konden daar evenwel niet mee leven en entameerden een procedure bij de Rechtbank 's-Hertogenbosch. Zij stelden in dat verband onder meer dat zij zeer hechtten aan de Spaanse nationaliteit, dat de Spaanse taal en cultuur sterk in hun leefwereld aanwezig was, dat zij nauwe banden onderhielden met Spaanse familieleden en regelmatig in Spanje verbleven. Daar zou de achternaam van het meisje tot verwarring leiden. Op basis van die naam zou men haar namelijk voor de zuster van de vader houden in plaats van voor zijn dochter. Aldus zou er op onrechtmatige wijze inbreuk worden gemaakt op de naam en de familierechtelijke betrekkingen van het meisje als bedoeld in artikel 8 van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK). Naar aanleiding van dit betoog oordeelde de rechtbank in haar beschikking van 11 juni 2003 vervolgens dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de geboorteaakte conform het verzoek van de ouders moest aanpassen.³⁴⁷ De ambtenaar was het daar echter niet mee eens en ging in appel³⁴⁸ waarop hangende de appelprocedure het arrest *Garcia Avello* door het HvJEU werd gewezen. Met een verwijzing naar voornoemd arrest bekrachtigde

³⁴⁶ De wetgever heeft de corresponderende Nederlandse conflictregel bij de invoering van boek 10 BW niet aangepast omdat hij de ontwikkeling in de jurisprudentie van het HvJEU verder wenste af te wachten, aldus Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 27-28, met een verwijzing naar het Rapport van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht van 18 juni 2004. Pleitbaar is in het licht van *Garcia Avello* evenwel dat artikel 10:20 eerste zin tweede zinsnede BW alsook artikel 10:19 lid 2 BW in strijd zijn met het Unierecht, zodat moet worden geoordeeld dat de Nederlandse wetgever ten onrechte zijn conflictenrecht niet heeft aangepast, aldus Asser/Vonken 10-II, 48. Wel is het Besluit geslachtsnaamswijziging van 6 oktober 1997 houdende regels voor geslachtsnaamswijziging aangepast, in die zin dat ten behoeve van een minderjarig kind wijziging van de geslachtsnaam kan worden verzocht in de naam zoals die luidt volgens het recht van een andere staat.

³⁴⁷ Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 juni 2003, *NIPR* 2004, 106.

³⁴⁸ Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2004, *NIPR* 2004, 106.

het gerechtshof vervolgens de beschikking van de rechtbank, zij het onder aanvulling van gronden.³⁴⁹

Dat brengt mij op het arrest van het HvJEU inzake *Grunkin-Paul/Niebuß* uit 2008.³⁵⁰ Twee Duitse onderdanen woonden in Denemarken en kregen daar hun kind. Op grond van het Deense materiële recht – dat op grond van het Deense conflictenrecht van toepassing was omdat het kind zijn gewone verblijfplaats in Denemarken had – kreeg het kind Grunkin-Paul als achternaam, welke naam ook in zijn Deense geboorteakte werd opgenomen. De Duitse burgerlijke stand weigerde echter om die naam te erkennen op de grond dat krachtens artikel 10 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) iemands familienaam wordt geregeld door het recht van de staat waarvan hij de nationaliteit bezit en naar Duits recht een kind geen dubbele naam kan dragen die is samengesteld uit de naam van zijn vader en die van zijn moeder. De ouders waren het daar niet mee eens en legden de kwestie voor aan de Duitse rechter. De verwijzende rechter stelde daarop de volgende vraag aan het HvJEU:

“Is het gelet op het in artikel 12 EG-Verdrag vervatte discriminatieverbod respectievelijk het door artikel 18 EG-Verdrag voor elke burger van de Unie gegarandeerde recht om vrij te reizen, de in § 10 EGBGB geformuleerde Duitse conflictregel geldig, voor zover volgens deze bepaling het naamrecht uitsluitend afhangt van de nationaliteit?”³⁵¹

In zijn arrest was het HvJEU snel klaar voor wat betreft artikel 12 EG-Verdrag (thans artikel 18 VWEU). Aangezien het kind en zijn ouders uitsluitend de Duitse nationaliteit bezaten en de in het geding zijnde Duitse conflictregel voor het geven van de familienaam aanknoopt bij het Duitse materiële recht inzake de naam, kan de naamgeving van dit kind in Duitsland overeenkomstig de Duitse wetgeving geen discriminatie op grond van nationaliteit opleveren.³⁵² In dit concrete geval was de verwijzingsregel dus niet discriminerend. De naam die in de ene lidstaat rechtsgeldig was verkregen, moest in de andere lidstaat echter wel wor-

³⁴⁹ Zie verder Rechtbank Haarlem 5 augustus 2008, *NIPR* 2008, 276, Rechtbank Amsterdam 23 september 2009, *NIPR* 2010, 21 en Rechtbank Haarlem 27 december 2011, *NIPR* 2012, 184, waarin de rechtbanken meenden dat de Nederlandse wetgeving in strijd kwam met *Garcia Avello* en de in artikel 12 EG-Verdrag (thans artikel 18 VWEU) en artikel 17 EG-Verdrag (thans artikel 20 VWEU) neergelegde fundamentele rechtsbeginselen.

³⁵⁰ HvJEU 14 oktober 2008 (C-353/06), *NJ* 2009, 64, m.nt. Mok (*Grunkin-Paul/Niebuß*).

³⁵¹ R.o. 13.

³⁵² R.o. 20.

den erkend.³⁵³ Artikel 18 EG-Verdrag (thans artikel 21 VWEU) stond er in deze omstandigheden namelijk aan in de weg dat:

“de autoriteiten van een lidstaat onder toepassing van het nationale recht weigeren de familienaam van een kind te erkennen zoals die is vastgesteld en ingeschreven in een andere lidstaat, waar dit kind is geboren en waar het sindsdien verblijft, terwijl dit kind evenals zijn ouders uitsluitend de nationaliteit van de eerste lidstaat bezit.”³⁵⁴

Ook uit *Grunkin-Paul/Niebuß* kan derhalve worden afgeleid dat het Unierecht kan ingrijpen als op grond van het door de relevante conflictregel aangewezen recht een of meer fundamentele rechtsbeginselen worden geschonden. Aldus moest de Duitse overheid net als de Belgische overheid van haar eigen wettelijke voorschriften afwijken, dan wel deze wijzigen.³⁵⁵ In het laatste verband zou gezien de kwestie die in dit geval aan de orde is wederom ofwel de verwijzingsregel ofwel het materiële recht kunnen worden gewijzigd.

Een beroep op artikel 18 VWEU en artikel 21 VWEU werd door het HvJEU echter niet gehonoreerd in zijn arrest inzake *Sayn Wittgenstein*.³⁵⁶ In deze zaak oordeelde het hof namelijk dat artikel 21 VWEU zich er, in de omstandigheden van het hoofdgeding niet tegen verzet dat de autoriteiten van een lidstaat kunnen weigeren om de achternaam van een onderdaan van die staat in al zijn onderdelen te erkennen, zoals hij in een tweede lidstaat — waarin deze onderdaan woont — is vastgesteld bij zijn adoptie op volwassen leeftijd door een onderdaan van die tweede lidstaat, wanneer die naam een adellijke titel bevat die in de eerste lidstaat niet is toegestaan op grond van zijn constitutionele recht, voor zover de door deze autoriteiten in die context vastgestelde maatregelen zijn gerechtvaardigd op grond van redenen van openbare orde, hetgeen betekent dat zij noodzakelijk moeten zijn ter bescherming van de belangen die zij beogen te waarborgen en dat zij evenredig moeten zijn aan het rechtmatig nagestreefde doel.³⁵⁷ In dit verband zij daarnaast verwezen naar het arrest van het HvJEU inzake *Impacto Azul*,³⁵⁸ waarin artikel 18

³⁵³ Enzo Dutta & Pintens, p. 559.

³⁵⁴ R.o. 39.

³⁵⁵ Zie hierover ook Kuipers 2012, p. 297 e.v., die als ik hem goed begrijp in het licht van *Garcia Avello* en *Grunkin-Paul/Niebuß* verdedigt dat binnen de Unie de oude *vested rights* theorieën wederom hun intrede hebben gedaan voor het namenrecht.

³⁵⁶ HvJEU 22 december 2010 (C-208/09), NJ 2011, 119 m.nt. Mok (*Sayn Wittgenstein*).

³⁵⁷ Zie hierover ook Mansel 2010, p. 291 e.v.

³⁵⁸ HvJEU 20 juni 2013, C-186/12 (*Impacto Azul*).

noch artikel 21 VWEU aan de orde was, maar waarin de vraag opkwam of een Portugese *scope rule* op grond waarvan buitenlandse moedermaatschappijen in afwijking van Portugese moedermaatschappijen niet aansprakelijk kunnen zijn jegens schuldeisers van hun dochterondernemingen in strijd was met artikel 49 VWEU of niet. Het HvJEU stelde voorop dat het bevoegd was om daarover te oordelen, maar beantwoordde de voorliggende vraag *in casu* ontkennend.³⁵⁹

Tegelijkertijd met het Verdrag van Lissabon is op 1 december 2009 ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in werking getreden. De bepalingen van het Handvest zijn volgens artikel 51 lid 1 gericht tot de instellingen en organen van de Unie alsmede de lidstaten.³⁶⁰ Gezien voornoemd artikel zijn alle instellingen en organen van de Unie derhalve gebonden aan het Handvest. Deze binding is onbeperkt en geldt voor al hun handelen en nalaten. Zo moet het Handvest bijvoorbeeld in acht worden genomen bij het opstellen van verordeningen en richtlijnen. De lidstaten zijn gezien artikel 51 lid 1 op hun beurt (slechts) gebonden aan het Handvest wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.³⁶¹ Daarbij moet het “ten uitvoer brengen van Unierecht” ruim worden opgevat. Hieronder vallen in de eerste plaats nationale handelingen die specifieke regels van materieel Unierecht (zoals bijvoorbeeld verordeningen, richtlijnen en verdragsbepalingen) uitvoeren.³⁶² Daaronder vallen in de tweede plaats ook nationale handelingen die in strijd zijn met Unierechtelijke verbodsbepalingen waarbij een beroep moet worden gedaan op Unierechtvaardigingsgronden.³⁶³ De in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten kunnen derhalve toepassing vinden in situaties die door het recht van de Unie worden beheerst en de bepalingen van het Handvest hebben aldus directe werking. Zo kan voor de nationale rechter in procedures tegen de overheid een beroep worden gedaan op bepalingen van het Handvest die voldoende bepaald en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd. Daarnaast kan uit het arrest van het HvJEU inzake *Association de Médiation Sociale*³⁶⁴ worden afgeleid dat be-

³⁵⁹ Zie over dit arrest in meer detail Rammeloo 2014, p. 20 e.v.

³⁶⁰ Volgens lid 2 van artikel 51 schept het Handvest geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie en wijzigt het Handvest de in de verdragen neergelegde bevoegdheden en taken niet.

³⁶¹ Zie wat dat betreft ook HvJEU 4 juni 2013 (C-617/10), *EHRC* 2013, 112, m.nt. Morijn (*Åkerberg Fransson*), HvJEU 6 maart 2014, C-206/13 (*Cruciano Siragusa*) alsmede HvJEU 8 mei 2014, C-483/12 (*Pelckmans Turnhout II*).

³⁶² Zie hieromtrent ook Morijn, Pahladsingh & Palm, p. 125-126.

³⁶³ Van Roosmalen & Pahladsingh, p. 84.

³⁶⁴ HvJEU 15 januari 2014 (C-176/12), *NJ* 2014, 246, m.nt. Mok (*Association de Médiation Sociale*).

palingen van het Handvest ook horizontale werking kunnen hebben en aldus van betekenis kunnen zijn in procedures tussen particuliere partijen.³⁶⁵ Het is evenwel maar de vraag of het Handvest, mede gezien de beperkingen die onder meer worden aangelegd door artikel 51 lid 1, ten aanzien van conflictenrechtelijke kwesties vaak zal kunnen worden ingeroepen.³⁶⁶

3.5.3.1(c) *Mensenrechten en conflictregels*

Vervolgens rees bij mij de vraag of mensenrechten als richtsnoer zouden moeten dienen bij het opstellen van conflictregels.³⁶⁷ Met Strikwerda³⁶⁸ zou men die vraag ontkennend kunnen beantwoorden wanneer men zou mogen aannemen dat conflictregels slechts het toepasselijke recht aanwijzen, zij als zodanig niet beslissen over de materiële rechten van de partijen, zij waardeneutraal zijn en conflictregels in zoverre derhalve slechts een “*Ordnungsfunktion*” hebben. Dat mensenrechten als richtsnoer zouden moeten dienen bij het opstellen van conflictregels of dat conflictregels daaraan moeten worden getoetst, is bij mijn weten ook nog nooit met zoveel woorden aangenomen door onze Hoge Raad.³⁶⁹

De opvatting dat mensenrechten niet als richtsnoer hoeven te dienen bij het opstellen van conflictregels was tot 1971 ook in Duitsland gangbaar. Tot dat moment werd algemeen aangenomen dat verwijzingsregels “*als formelle Ordnungsvorschriften keine eigenen Wertentscheidungen treffen, so daß allein das vom Kollisionsrecht berufene materielle Recht*” aan grondrechten en mensenrechten kon worden getoetst.³⁷⁰ In 1971 ging het Bundesverfas-

³⁶⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Emaus 2015, p. 72-73 en Sieburgh 2015, p. 8-10.

³⁶⁶ Zie ook Kiestra & Pontier, p. 71-72.

³⁶⁷ Van den Eeckhout meent op haar beurt bovendien dat conflictregels zouden kunnen helpen om mensenrechten te promoten, aldus Van den Eeckhout 2008-I, p. 116 e.v.

³⁶⁸ Srikwerda 2004-I, p. 259.

³⁶⁹ De Hoge Raad is evenwel niet ongenegen geweest om waarden en normen uit het materiële recht te laten doorwerken in het conflictenrecht. Zo oordeelde hij bijvoorbeeld in HR 10 december 1976, NJ 1977, 275, m.nt. Schultsz (*Chelouche/Van Leer*) – waar de vraag aan de orde kwam welk huwelijksvermogensrecht van toepassing was – dat het minder goed past voor de aanwijzing van de toepasselijke wet een aanknopingsfactor te bezigen die slechts de persoon of de omstandigheden van één van de echtgenoten aangaat. Het werd derhalve beter geacht om een aanknopingsfactor te kiezen die de beide echtgenoten betreft. Vonken merkt daarover op dat het oordeel van de Hoge Raad steunt op het gelijkheidsbeginsel (Asser/Vonken 10-I, 205). Vergelijk evenwel Schultsz, die in punt 4 van zijn noot stelt dat de Hoge Raad het (non-)discriminatie-element niet in zijn motivering heeft betrokken.

³⁷⁰ Sonnenberger, p. 99 e.v. Vergelijk in dat verband ook Looschelders, p. 468, waar hij te dien aanzien stelt dat “*Eine solche Argumentation zeugt von einem formal-wertneutralen Ver-*

sungsgericht in *Spanier-Beschluss*³⁷¹ evenwel om.³⁷² Het oordeelde toen dat: “*die Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts in vollen umfang an den Grundrechten zu messen sind*”.³⁷³ De toets die daarbij moet worden aangelegd is of “*die generelle Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für ein bestimmtes Regelungsprinzip, besonders die Auswahl der Anknüpfungspunkte, mit den Grundrechten vereinbar ist*”.³⁷⁴ Nadien heeft het Bundesverfassungsgericht in de jaren tachtig van de vorige eeuw onder andere nog geoordeeld dat aanknoping bij het recht van de man ten aanzien van het huwelijksvermogensregime³⁷⁵ of echtscheiding³⁷⁶ strijdig moet worden geacht met de Duitse grondwet.³⁷⁷ Sinds het begin van de jaren tachtig wordt in Duitsland dan ook algemeen aangenomen dat grondrechten direct invloed kunnen hebben op de inhoud en werking van conflictregels³⁷⁸ en naar aanleiding van voornoemde uitspraken heeft de Duitse wetgever het EGBGB in 1986 volledig herzien.³⁷⁹

Bijvoorbeeld Engel,³⁸⁰ Mansel,³⁸¹ Stürner³⁸² verdedigen vervolgens dat conflictregels evenmin in strijd mogen komen met mensenrechten in het algemeen en het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) in het bijzonder.³⁸³ Naar

ständnis des IPR, bei dem das kollisionsrechtliche Verweisungssystem als seelenloses Glasperlenspiel erscheint, das von theorietrunkenen Professoren betrieben wird”.

³⁷¹ BVerfG 4 mei 1971, BVerfGE 31, 58 (*Spanier-Beschluss*).

³⁷² Ook het Italiaanse constitutionele hof heeft conflictregels wel eens getoetst aan grondrechten. Ik verwijs in dit verband naar Corte costituzionale 5 maart 1987, *Giurispr. Cost.* 1987-I, 71 en Corte costituzionale 10 december 1987, *Giurispr. Cost.* 1987-II, 477, welke uitspraken kort worden aangestipt bij Struycken 2004, p. 243-244 en Rigaux, p. 1330. Op dezelfde pagina stelt laatstgenoemde bovendien dat: “*Each Member State of the European Union has to comply with its own constitutional rules and with the European Human Rights and Individual Freedoms, as well as the basic liberties guaranteed by the EC Treaty, namely the freedom of movement of persons. These rules will increasingly exert influence on the development of conflict of law rules while the European legislature will conquer broader fields.*”

³⁷³ Tegelijkertijd werd geoordeeld dat ook (de gevolgen van) het toe te passen aangewezen vreemde recht “*an den Grundrechten zu messen*” zijn.

³⁷⁴ Zie over deze uitspraak onder meer Juenger 1972, p. 290 e.v. alsmede Hofmann 1994, p. 145 e.v.

³⁷⁵ BVerfG 22 februari 1983, BVerfGE 63, 181.

³⁷⁶ BVerfG 8 december 1982, BVerfGE 86, 57 en BVerfG 8 januari 1985, BVerfGE 68, 384.

³⁷⁷ Zo wordt ook bewerkstelligd dat een neutraal recht van toepassing is, zodat geen der partijen wat dat betreft (psychologisch) in het voordeel zou kunnen zijn, nog ervan afgezien dat eventuele wijzigingen ten aanzien van het personele statuut van één van de partijen geen onverwachte gevolgen zou kunnen hebben.

³⁷⁸ Aldus ook Jayme 1990, p. 308 e.v.

³⁷⁹ Hofmann 1994, p. 149.

³⁸⁰ Engel, p. 50.

³⁸¹ Mansel 2006, p. 128 en p. 129.

³⁸² Stürner, p. 9.

³⁸³ Zie hieromtrent bijvoorbeeld ook Van Loon 1993, p. 142 en Kinsch 2014-I, p. 44.

hun mening moeten staten dus rekening houden met de door dat verdrag gewaarborgde rechten bij het opstellen van conflictregels.³⁸⁴ Het EVRM noch enig ander mensenrechtenverdrag³⁸⁵ bevat evenwel conflictregels en zij leggen derhalve geen positieve plicht op staten om een specifiek recht toe te passen.³⁸⁶ Mensenrechten(verdragen) zijn dan ook slechts te beschouwen als een raamwerk waarbinnen moet worden geacteerd.³⁸⁷ Zo zou een conflictregel in theorie strijdig kunnen zijn met het EVRM als hij bijvoorbeeld voorbijgaat aan het privé-, familie- of gezinsleven, oftewel de culturele identiteit van de persoon, dan wel discrimineert op basis van nationaliteit, ras, leeftijd of geslacht, etc.³⁸⁸ Een conflictregel zou aldus met een miskennis van de positie van de vrouw kunnen bepalen dat het huwelijk of de huwelijksgemeenschap wordt beheerst door het recht van de nationaliteit van de man. Dit zou dan een schending van artikel 12 en artikel 14 EVRM opleveren.³⁸⁹ Die mening leek de Staatscommissie IPR ook reeds te zijn toegedaan toen zij in 1976 opmerkte dat het laten prevaleren van de nationaliteit van de man naar veler mening afbreuk zou doen aan het beginsel van gelijkheid van man en vrouw als vervat in het EVRM en het IVBPR, welke mening een uiting zou zijn van *“een zich duidelijk manifesterende stroming inhoudende dat in de gevallen waarin meer dan een persoon bij de rechtsverhouding betrokken is, de aanknopings aan de betrokkenen gemeen dient te zijn”*.³⁹⁰

Bij het Europees Hof voor de Rechten van Mens (EHRM) heeft ook een enkele keer de vraag voor gelegen of een conflictregel voldeed aan het EVRM. De eerste zaak die ik in dit verband bespreek is

³⁸⁴ Zie hierover ook Kiestra & Pontier, p. 85.

³⁸⁵ Daarnaast kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).

³⁸⁶ Enzo Mansel 2006, p. 129.

³⁸⁷ Artikel 1 EVRM, dat de reikwijdte van dit verdrag bepaalt, verzet zich niet tegen toepassing van het EVRM wanneer bij een orgaan van een verdragsluitende staat de vraag aan de orde is welk recht moet worden toegepast wanneer dat orgaan de in die nationale rechtsorde geldende conflictregels moet toepassen. Oftewel, conflictregels kunnen worden getoetst aan het EVRM, aldus ook Stürner, p. 9 en Kinsch 2014-I, p. 43. Daarnaast is thans onomstreden dat het EVRM in beginsel ook in acht moet worden genomen door de rechter van een lidstaat bij de toepassing van het aangewezen recht, ongeacht of dat de *lex fori*, het recht van een andere verdragsluitende staat of het recht van een derde staat is. Zie hierover bijvoorbeeld Kiestra 2011, p. 4-7, Kiestra 2014, p. 66-71 en p. 152-156 alsmede Kiestra & Pontier, p. 69-71.

³⁸⁸ Engel, p. 22.

³⁸⁹ Stürner, p. 9.

³⁹⁰ Aldus het Advies betreffende opzegging van een aantal verdragen van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht van 11 mei 1976 (Kamerstukken 14 165, nr. 7, bijlage II).

Ammdjadi/Germany.³⁹¹ Ammdjadi was een Iraanse vrouw en zij was in Iran gehuwd met een Iraanse man. In 1980 verhuisde het stel naar Duitsland waar hun zoon in 1983 werd geboren. Op verzoek van de man werd evenwel op 10 november 1999 door het Landgericht Köln de echtscheiding uitgesproken. Vervolgens entameerde de vrouw een procedure voor compensatie van pensioenrechten die haar voormalige echtgenoot tijdens het huwelijk in Duitsland had opgebouwd. Het Landgericht Köln wees dat verzoek echter af, omdat een verdeling van pensioenrechten naar Iraans recht niet mogelijk zou zijn, welk recht van toepassing was uit hoofde van een verdrag dat gold tussen Duitsland en Iran op grond waarvan de aanspraak van Ammdjadi moest worden beoordeeld naar Iraans recht nu zowel zij als haar gewezen echtgenoot de Iraanse nationaliteit hadden. Deze beslissing werd vervolgens tot in hoogste instantie gesanctioneerd, waarbij eveneens werd beslist dat de relevante verdragsregels niet in strijd waren met de Duitse openbare orde. De vrouw liet het er evenwel niet bij zitten en stapte naar het EHRM. Zij klaagde dat:

“under Articles 8 and 12 of the Convention and 1 of Protocol No. 1, taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention, that she had been refused compensation of pension rights under German law. She submitted in particular that, in view of the fact that her former husband had for years paid contributions to the German insurance, her nationality could not be decisive for the question whether she was entitled to compensation of pension rights or not.”

Het EHRM wees de klachten van de hand. Bij de beoordeling van de klacht dat artikel 8 in samenhang met artikel 14 van het verdrag was geschonden stelde het EHRM onder meer:

“especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person’s close connection with his or her home country. Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person’s nationality cannot be considered to be without “objective and reasonable justification”. In this respect, it must also be noted that the applicant had been free to choose the application of German law, together with her husband, by notarial certification.”

³⁹¹ EHRM 9 maart 2010, Appl. No. 51625/08 (*Ammdjadi/Germany*).

Uit voorgaande overweging kan worden afgeleid dat de nationaliteit als aanknopingsfactor geoorloofd is, mits daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. De nationaliteit als aanknopingsfactor kan aldus mogelijk wel discriminerend worden gevonden, indien voornoemde rechtvaardiging ontbreekt. Dat brengt mij op *Losonci Rose & Rose/Zwitserland*.³⁹² In deze zaak ging het om een Hongaarse man, genaamd Losonci, en een vrouw met de Zwitserse en Franse nationaliteit, genaamd Rose, die in Zwitserland woonden en aldaar in het huwelijk traden. Op grond van de Zwitserse federale wet op het ipr was vervolgens het Zwitserse materiële recht van toepassing op de naam van de echtelieden. Volgens dat recht werd de naam van de man automatisch de achternaam van de beide echtelieden, tenzij zij er voor kozen om de naam van de vrouw tot familienaam te maken of de beide achternamen te combineren. Meer smaken waren er niet. Op basis van het Zwitserse recht mochten de echtelieden dus niet ieder hun eigen naam blijven voeren. Dat wilde dit stel echter wel, maar een verzoek daartoe werd afgewezen wegens strijd met de wet. Daarop koos het stel de naam van de vrouw als de familienaam. Na het huwelijk heette de man dus Losonci Rose, de vrouw heette nog steeds Rose. Dat beviel kennelijk niet, want de man deed vervolgens een verzoek om in de toekomst weer alleen zijn eigen achternaam te mogen voeren. Daarvoor bood artikel 37 lid 2 van de Zwitserse federale wet op het ipr ook steun, aangezien dat artikel bepaalde dat men zijn naam ook mocht laten beheersen door zijn eigen nationale (niet Zwitserse) recht. De zaak kwam uiteindelijk bij de rechter, die het verzoek van de man afwees omdat de man bij het aangaan van het huwelijk reeds had gekozen voor de achternaam van de vrouw. De hoogste Zwitserse rechter bevestigde dit oordeel, ofschoon hij tegelijkertijd onderkende dat de bepalingen die het namenrecht beheersten in hun onderlinge samenhang gezien in strijd kwamen met het verbod van ongelijke behandeling van man en vrouw. Als de man namelijk Zwitser was geweest en de vrouw Hongaarse, was zijn naam immers automatisch de familienaam geworden, waarna de vrouw op grond van artikel 37 lid 2 wel een verzoek had kunnen doen om haar achternaam te behouden met inachtneming van het Hongaarse recht. Dan hadden de beide echtelieden uiteindelijk (enkel) hun eigen achternaam gehad. Dat kon *in casu* dus niet, omdat de man Hongaars was en de vrouw Zwitsers en het Zwitserse recht niet voorzag in het behoud van de eigen naam na een huwelijk. Het Tribunal Fédéral greep desondanks om juridisch-technische redenen niet in, waarna de echtelieden naar het EHRM in Straatsburg stapten. Daar kregen zij gelijk:

³⁹² EHRM 9 november 2010, Appl. No. 664/04, EHRC 2011, 18 (*Losonci Rose & Rose/Zwitserland*).

“Partant, la Cour conclut que le régime en vigueur en Suisse engendre une discrimination entre les couples binationaux, selon que c’est l’homme ou la femme qui possède la nationalité suisse. Il y a donc eu violation de l’article 14 combiné avec l’article 8 de la Convention.”

Oftewel, artikel 37 lid 2 van de Zwitserse federale wet op het ipr was discriminerend, vanwege ongelijke behandeling van man en vrouw, waarvoor onvoldoende rechtvaardiging bestond. Er was derhalve sprake van een schending van artikel 14 *jo.* 8 EVRM.³⁹³ In *Harroudj v. France* heeft het EHRM zich wederom moeten uitlaten over de vraag of een conflict-regel inbreuk maakte op het EVRM of niet.³⁹⁴ Een Frans onderdaan – mevrouw Harroudj – had toestemming gekregen van een Algerijnse rechtbank om een drie maanden oude baby genaamd Hind in *kafala* (lees: pleegouderschap of zwakke adoptie) te nemen. Ook mocht zij de baby van dezelfde rechtbank meenemen naar Frankrijk. Een andere Algerijnse rechtbank had bovendien toegestaan dat de achternaam van de baby werd gewijzigd in Harroudj, waardoor het kind sindsdien door het leven ging als Hind Harroudj. Enkele jaren later deed Harroudj in Frankrijk een verzoek tot volwaardige adoptie, aangezien dat in het beste belang van het kind zou zijn als bedoeld in artikel 3 IVRK en artikel 1 van het Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van interstatelijke adoptie. Het verzoek moest vervolgens worden beoordeeld met inachtneming van artikel 370-3 van de Franse Code Civil:

“Les conditions de l’adoption sont soumises à la loi nationale de l’adoptant ou, en cas d’adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L’adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l’un et l’autre époux la prohibe.

L’adoption d’un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. [...]”

Uit de tweede alinea van voornoemd artikel volgt dat de adoptie niet

³⁹³ Hierbij kan volledigheidshalve worden opgemerkt dat het EHRM evenmin ongenegen is om in een voorkomend geval het Unierecht te toetsen aan het EVRM. Vergelijk in dit verband onder meer EHRM 6 december 2012, Appl. No. 12323/11, *EHRC* 2013, 91, m.nt. Ölçer (*Michaud v. France*) en EHRM 18 juni 2013, Appl. No. 3890/11, *EHRC* 2013, 270, m.nt. Kiestra (*Prose v. Austria*).

³⁹⁴ EHRM 4 oktober 2012, Appl. No. 43631/09, *EHRC* 2013, 10, m.nt. Voorhoeve (*Harroudj v. France*).

wordt uitgesproken wanneer de persoonlijke wet van de minderjarige dit verbiedt. Dat was *in casu* het geval, aangezien het Algerijnse recht geen volwaardige of sterke adoptie toestaat. De Franse rechters wezen het verzoek van Harroudj dan ook af, maar laatstgenoemde liet het er niet bij zitten en ging naar Straatsburg. Daar stelde zij dat de conflictregel als vervat in artikel 370-3, 2^e alinea, in strijd was met artikel 8 en artikel 14 EVRM. Het EHRM onderzocht vervolgens of voornoemde conflictregel inderdaad inbreuk maakte op het EVRM of niet. Daarbij stelde het voorop dat (i) Harroudj *“did not complain of any major hindrance to the continuance of her family life”*, (ii) Kafala *“produces effects that are comparable to those of guardianship, curatorship or placement with a view to adoption”*, (iii) Kafala wordt erkend door het internationale recht, en (iv) *there are means of circumventing the restrictions that stem from the inability to adopt a child.*” Vervolgens oordeelde het EHRM dat artikel 8 in dit geval niet was geschonden, omdat Frankrijk:

“applying the international conventions that govern such matters, has put in place a flexible arrangement to accommodate the law of the child’s State of origin and the national law. The Court notes that the prohibition of adoption stems from the choice-of-law rule in Article 370-3 of the Civil Code but that French law provides the means to alleviate the effects of that prohibition, based on the objective signs of a child’s integration into French society. Firstly, the choice-of-law rule is expressly set aside by the same Article 370-3 in cases where “the minor was born and habitually resides in France”. Secondly, this choice-of-law rule is deliberately circumvented by the possibility for the child to obtain French nationality, within a reduced period of time, and thus to be adopted, when he or she has been in the care of a French national. The Court observes in this connection that the respondent State argued, without being contradicted, that Hind could already benefit from such a possibility. The Court takes the view that by gradually obviating the prohibition of adoption in this manner, the respondent State, which seeks to encourage the integration of children of foreign origin without cutting them off immediately from the rules of their country of origin, has shown respect for cultural pluralism and has struck a fair balance between the public interest and that of the applicant.”³⁹⁵

Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 14 EVRM overwoog het EHRM als volgt:

³⁹⁵ R.o. 51.

“The Government submitted that the alleged difference in treatment stemmed from an objective factor related to the child’s personal law and in accordance with the child’s best interests and that it was proportionate to the aim pursued.

In the Court’s view, the gravamen of the applicant’s complaint under Article 14 of the Convention is her inability to adopt Hind on account of the child’s personal law. That issue has been examined under Article 8 and no violation thereof has been found. In those circumstances, the Court considers that no separate issue arises under Article 14 of the Convention and makes no separate finding.”³⁹⁶

Analyseert men voorgaande overwegingen nader, dan moet worden geconcludeerd dat de conflictregel als vervat in artikel 370-3, 2^e alinea, volgens het EHRM in de kern genomen niet in strijd was met artikel 8 EVRM, omdat Harroudj en het kind kennelijk niet ernstig werden gehinderd door het adoptieverbod en adoptie *in casu* via een omweg alsnog mogelijk zou zijn doordat het kind de Franse nationaliteit zou kunnen verkrijgen waarna een succesvol verzoek om volwaardige adoptie zou kunnen worden gedaan. Voorhoeve was in haar noot onder dit arrest ronduit kritisch, nu de nadelen van de kafala in de uitspraak van het EHRM niet aan de orde kwamen, maar zouden zijn weggemoffeld met politieke argumenten met betrekking tot internationale verdragen, de soevereiniteit van de lidstaten en de erkenning van een cultureel pluralisme. De uitspraak zou volgens haar derhalve een goed voorbeeld zijn van wat voormalig rechter Egbert Meyjer noemt: “het verdrag spaarzaam toepassen”. Een royale interpretatie van het verdrag kost het EHRM volgens Meyjer namelijk geloofwaardigheid, ondermijnt het gezag in de lidstaten en vermindert uiteindelijk de mensenrechtenbescherming.³⁹⁷ Had het EHRM daarentegen wel oog willen hebben voor de nadelen van kafala, was adoptie in het geheel niet mogelijk geweest en had Harroudj gesteld dat het familieleven ernstig werd gehinderd bij gebreke van een volwaardige adoptie, dan valt niet uit te sluiten dat het EHRM had geoordeeld dat artikel 370-3, 2e alinea, wel inbreuk had gemaakt op artikel 8 EVRM.³⁹⁸ In het licht van voorgaande drie uitspraken kan aldus worden geconcludeerd dat bij het EHRM kan worden geklaagd dat conflictregels in strijd zijn met (de materiële bepalingen van) het EVRM en dat het EVRM in dat verband een kader schept waaraan conflictregels kunnen worden getoetst en waaraan zij derhalve moeten voldoen. Wat dat betreft

³⁹⁶ R.o. 54-55.

³⁹⁷ Zie *NRC Handelsblad*, 24 november 2012.

³⁹⁸ Zie ook Kinsch 2014-I, p. 43.

kan het EVRM de statelijke soevereiniteit beperken om de conflictregel geheel naar eigen inzichten in te richten.

Een en ander laat onverlet de mogelijkheid dat een conflictregel als zodanig niet in strijd moet worden geacht met het EVRM of een ander mensenrechtenverdrag, maar het resultaat van de verwijzing wel doordat het aangewezen recht strijdig is met mensenrechten. Blijkt dat het geval, dan moet het aangewezen recht buiten toepassing worden gelaten.³⁹⁹ De verwijzing geldt immers slechts voor zover het resultaat niet in strijd komt met mensenrechten. Ik verwijs in dit verband bijvoorbeeld naar de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Braga de Oliveira/Mooijman*,⁴⁰⁰ een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 22 juli 2008,⁴⁰¹ een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 3 november 2008,⁴⁰² een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 27 november 2008⁴⁰³ en een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 11 december 2012.⁴⁰⁴ Telkens werd het eigenlijk toepasselijke recht wegens strijd met artikel 8 EVRM buiten toepassing gelaten ten faveure van Nederlands recht.⁴⁰⁵ Daarnaast kunnen de deelnemers aan het internationale rechtsverkeer in dit verband mogelijk ook een zekere bescherming ontleen aan artikel 10 (dat de vrijheid van meningsuiting garandeert), artikel 5 van protocol 7 (dat ziet op de gelijke rechten van echtgenoten), protocol 12 (dat voorziet in een algemeen discriminatieverbod) en artikel 1 van het 1^e aanvullend protocol bij het EVRM (dat het ongestoord recht op eigendom beschermt).⁴⁰⁶

3.5.3.1(d) *Investerings en conflictenrecht*

De deelnemers aan het internationale rechtsverkeer kunnen mogelijk ook bescherming ontleen aan *Bilateral Investment Treaties* (BITs) of *Multilateral Investment Treaties* (MITs).⁴⁰⁷ Op grond van zulke verdragen mogen staten de deelnemer aan het internationale rechtsverkeer die investeert in

³⁹⁹ In gelijke zin Vonken 1993-II, p. 167 e.v., Kinsch 2010, p. 273, Thoma 2011, p. 17-18, Kiestra 2014, p. 156 e.v. alsmede Kiestra & Pontier, p. 86-89.

⁴⁰⁰ HR 15 april 1994, NJ 1994, 576 (*Braga de Oliveira/Mooijman*).

⁴⁰¹ Rechtbank Haarlem 22 juli 2008, NIPR 2008, 275.

⁴⁰² Rechtbank 's-Gravenhage 3 november 2008, NIPR 2010, 23.

⁴⁰³ Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2008, NIPR 2009, 95.

⁴⁰⁴ Rechtbank Haarlem 11 december 2012, JPF 2013, 131, m.nt. Curry-Sumner.

⁴⁰⁵ Ook kan worden verwezen naar Hof Amsterdam 9 februari 2006, NIPR 2006, 98, alwaar het hof oordeelde dat de conflictregel als vervat in artikel 6 Wet Conflictenrecht Afstamming in strijd was met artikel 8 EVRM.

⁴⁰⁶ Kiestra 2014, p. 36.

⁴⁰⁷ Vanzelfsprekend geldt die bescherming enkel ten opzichte van staten die partij zijn bij een BIT of MIT.

hun land, kort gezegd, niet benadelen.⁴⁰⁸ Dat gebeurt soms echter wel en ik noem hierna een zestal wijzen waarop dat kan geschieden.⁴⁰⁹ Afhankelijk van de toepasselijke BIT of MIT kan de investeerder vervolgens een beroep doen op één of meer verdragsbepalingen.⁴¹⁰

In de eerste plaats kan er directe (*de jure*) onteigening plaatsvinden. Het is evident wat er dan gebeurt. Dan ontnemt de staat het eigendom op directe wijze. Dat blijkt ook wel uit de volgende omschrijvingen die kunnen worden gevonden in scheidsrechterlijke uitspraken en literatuur:

1. Expropriation means a forcible taking by the Government of tangible or intangible property owned by private persons by means of administrative or legislative action to that effect.⁴¹¹
2. The term 'expropriation' carries with it the connotation of a 'taking' by a government-type authority of a person's 'property' with a view of transferring ownership of that property to another person, usually the authority that exercised its *de jure* or *de facto* power to do the 'taking'.⁴¹² en
3. Expropriation conveys in a general sense a deprivation of a former property owner of his property, and is equivalent to a "taking" of property.⁴¹³

In de tweede plaats kan op indirecte (*de facto*) wijze worden onteigend, door bijvoorbeeld het opleggen van belastingen of andere maatregelen. In *Technicas Medioambientales Tecmed/Mexico* oordeelde het scheidsgerecht dat de verschillende vormen van indirecte onteigening:

"do not have a clear or unequivocal definition, it is generally understood that they materialize through actions or conduct, which do not explicitly express the purpose of depriving one of rights or assets, but actually have that effect. This type of ex-

⁴⁰⁸ Vergelijk Kriebaum, p. 235-236, voor een uiteenzetting over mogelijke beschermingsbepalingen in BITs en MITs.

⁴⁰⁹ Deze opsomming is overigens niet limitatief. De investeerder kan ook op andere wijzen worden benadeeld.

⁴¹⁰ Hierbij moet volledigheidshalve worden opgemerkt dat niet alle BITs of MITs dezelfde bescherming bieden. Telkens zal per verdrag dus moeten worden nagegaan of dat verdrag in het concrete geval bescherming biedt.

⁴¹¹ *Technicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States* (2004) 43 ILM 133 (ICSID ARB(AF)/00/2).

⁴¹² *SD Myers v. Government of Canada* (Partial Award) 8 ICSID Rep. 4, 58.

⁴¹³ Jennings & Watts, p. 916.

propriation does not necessarily take place gradually or stealthily [...] and may be carried out through a single action, through a series of actions in a short period of time or through simultaneous actions.”⁴¹⁴

In het geval van indirecte onteigening ontnemt de staat het eigendom, inclusief eventuele vorderingsrechten, dus direct noch formeel. In plaats daarvan worden kort gezegd maatregelen genomen die een nadelig effect hebben op (de economische waarde van) het eigendom.⁴¹⁵ Wanneer er nu precies sprake is van indirecte onteigening is echter lang niet altijd duidelijk, mede omdat er tot op heden geen eenduidige norm is geformuleerd. Zo menen sommigen dat er al een indirecte onteigening is als het negatieve effect van de maatregelen “significant”⁴¹⁶ of “substantial”⁴¹⁷ is. Anderen hanteren weer een strenger criterium en vinden bijvoorbeeld dat de maatregelen van een staat:

“are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent and if the assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that “[...] any form of exploitation thereof [...]” has disappeared; i.e. the economic value of the use, enjoyment or disposition of the assets or rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed.”⁴¹⁸

Niet elke onteigening is evenwel onrechtmatig. Zo kan bijvoorbeeld uit artikel 1110 van de North American Free Trade Agreement (NAFTA) worden afgeleid dat onteigening wel geoorloofd is, mits de onteigening geschiedde: “for a public purpose, on a non-discriminatory basis, in accordance with due process of law and Article 1105(1) NAFTA” en er een “payment of compensation” plaatsvond. Algemeen wordt dan ook aangenomen dat een

⁴¹⁴ *Technicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, r.o. 114 (zie noot 411).

⁴¹⁵ *Newcombe & Paradell*, p. 325-326. Zie wat dat betreft bijvoorbeeld ook *Hulley Enterprises Limited (Cyprys) v. The Russian Federation*, 18 juli 2014, PCA Case No. AA 226, beschikbaar via: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599, waarin het scheidsgerecht oordeelde dat de maatregelen van de Russische overheid het effect hadden “equivalent to nationalization or expropriation” als bedoeld in artikel 13 van de Energy Charter Treaty (ECT).

⁴¹⁶ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, 30 augustus 2000, ICSID ARB(AF)/97/1, beschikbaar via: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155.

⁴¹⁷ *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, 26 juni 2000, welke uitspraak beschikbaar is via: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>.

⁴¹⁸ *Technicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States* (zie noot 411), met een verwijzing naar EHRM 16 september 1996, Appl. No. 15777/89 (*Matos e Silva v. Portugal*).

staat alleen mag onteigenen als de onteigening kort gezegd tenminste een openbaar doel dient, zij niet discriminatoir is en de investeerder wordt gecompenseerd.⁴¹⁹ Wordt aan deze voorwaarden evenwel voorbij gegaan, dan moet de onteigenende staat de investeerder volledig schade-loos stellen.⁴²⁰

In de derde plaats kan de gaststaat een investeerder oneerlijk en ongelijkwaardig behandelen. In dat geval schendt de staat zijn verplichting om de investeerder een eerlijke en gelijkwaardige behandeling (*fair and equitable treatment*) te geven, als gevolg waarvan een investeerder wordt geconfronteerd met een maatregel die inbreuk maakt op zijn recht op een “*stable legal and business environment that does not frustrate their legitimate expectations.*”⁴²¹ Zo is een overduidelijke willekeur bijvoorbeeld verboden. Ook mogen investeerders niet worden geconfronteerd met (ongeoorloofde) dwang of druk. Verder moeten de gerechtvaardigde belangen van de investeerder worden geëerbiedigd.⁴²²

In de vierde plaats kan er sprake zijn van een *denial of justice*. Ook dan schendt de gaststaat het recht van de investeerder op een eerlijke en gelijkwaardige behandeling.⁴²³ Bij een *denial of justice* kan de investeerder zijn recht niet halen bij de rechter van de staat waarin hij investeerde. Daaraan kunnen vele redenen ten grondslag liggen. Zo kan er bijvoorbeeld een beslissing zijn gewezen die “*unreasonably departs from the principles of justice recognized by the principal legal systems of the world*”.⁴²⁴ Ook kan de rechter (*de facto*) weigeren om een vordering van de investeerder inhoudelijk te behandelen,⁴²⁵ althans een inhoudelijke behandeling kan zonder rechtvaardiging erg lang op zich (hebben) laten wachten.⁴²⁶ Bovendien kan er sprake zijn van *denial of justice* als er fundamentele beginselen voor een eerlijk proces zijn veronachtzaamd, de rechter niet onafhankelijk en onpartijdig was of de investeerder voorafgaand aan of tijdens het proces anderszins werd geconfronteerd met discriminatoire maatregelen.⁴²⁷ In de zaak van *Oostergetel & Laurentius v. The Slovak Repu-*

⁴¹⁹ Van de Hel-Koedoot & Hoebeke, p. 43.

⁴²⁰ Zie Kriebaum, p. 239-240 alsmede *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (zie noot 415).

⁴²¹ Porterfield, p. 167-168.

⁴²² Van de Hel-Koedoot & Hoebeke, p. 41.

⁴²³ Zie *Oostergetel & Laurentius v. The Slovak Republic*, 23 april 2012, beschikbaar via: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0933.pdf>.

⁴²⁴ McLachlan, Shore & Weiniger, p. 228.

⁴²⁵ *Idem*.

⁴²⁶ Vergelijk bijvoorbeeld *Chevron & Texaco v. Ecuador* (Partial Award on the Merits), 30 maart 2010, beschikbaar via: <http://italaw.com/cases/251>.

⁴²⁷ McLachlan, Shore & Weiniger, p. 230.

blic oordeelde het scheidsgerecht te dien aanzien:

“the question is whether the judicial system of the Slovak Republic breached the BIT by refusing to entertain a suit, subjecting it to undue delay, administering justice in a seriously inadequate way, or by an arbitrary or malicious misapplication of the law.”⁴²⁸

In de vijfde plaats zou de gaststaat voorbij kunnen gaan aan zijn verplichting om geen willekeurige en/of discriminatoire maatregelen te nemen die een nadelige invloed hebben op de (waarde van de) investering. Zo kan de gaststaat bijvoorbeeld bepaalde rechtsregels schenden. Ook kan de gaststaat de betreffende investeerder anders behandelen dan andere investeerders die zich in gelijke of vergelijkbare omstandigheden bevinden. Dat mag niet.⁴²⁹

In de zesde en laatste plaats kan een gaststaat zijn contractuele verplichtingen jegens de investeerder schenden. Dat zou een schending van de zogenaamde *umbrella clause* uit het betreffende investeringsverdrag kunnen meebrengen.⁴³⁰

3.5.3.1(e) *Conclusie*

Door toe te treden tot verdragen geven staten een stuk van hun soevereiniteit op.⁴³¹ Zo kunnen verdragen en het Unierecht de toepassing voorschrijven van specifieke conflictregels. Daarnaast kan de inhoud en werking van een conflictregel worden beïnvloed door fundamentele beginselen van Unierecht, het Handvest, mensenrechtenverdragen en investeringsverdragen, die in dat opzicht een raamwerk bieden waarbinnen de lidstaten moeten acteren, zodat de statelijke vrijheid om een (commune) conflictregel geheel naar eigen goeddunken in te richten niet onbeperkt is.

3.5.3.2 *Internationaal gewoonterecht*

Hiervoor bleek dat de statelijke vrijheid om het conflictenrecht volledig naar eigen inzichten in te richten kan worden beperkt door verdragen en

⁴²⁸ R.o. 274 (zie noot 423).

⁴²⁹ Zie ook Van de Hel-Koedoot & Hoebeke, p. 42.

⁴³⁰ De jurisprudentie op dat punt is overigens allesbehalve eensgezind. Zie wat dat betreft onder meer Kriebaum, p. 236-237 alsmede Van de Hel-Koedoot & Hoebeke, p. 43.

⁴³¹ Zie ook Wai, p. 137.

het Unierecht. In deze paragraaf tracht ik de vraag te beantwoorden of die vrijheid ook kan worden ingeperkt door het internationaal gewoonterecht. Ten behoeve van de beantwoording van die vraag zal ik hierna eerst kort uiteenzetten wanneer er sprake is van een regel van internationaal gewoonterecht.

3.5.3.2(a) Korte introductie op het gewoonterecht

Het internationaal gewoonterecht is de oudste en oorspronkelijke formele bron van het internationale recht.⁴³² Sinds *Nicaragua*⁴³³ en *Continental Shelf*⁴³⁴ staat niet meer ter discussie dat er een regel van gewoonterecht is, indien er sprake is van (i) een gevestigde praktijk en (ii) een *opinio iuris sive necessitatis*.

De eis van een gevestigde praktijk (*usus*) is een objectieve voorwaarde die moet kunnen afgeleid uit een handelen of nalaten van staten waarin een zekere eenvormigheid en standvastigheid schuil moet gaan.⁴³⁵ Daarbij geldt als minimumvereiste dat de praktijk wordt gedeeld door een “*representative number of States*.”⁴³⁶ Schrijver geeft in dit verband het voorbeeld dat voor het ontstaan van een gewoonterechtelijke regel met betrekking tot de zee van belang is dat aan de zee grenzende staten een uniforme en constante praktijk bezigen, waarbij de praktijk van staten die niet aan zee liggen minder van belang is.⁴³⁷ In dit verband is nog van betekenis dat een “*instant custom*”, een regel van internationaal gewoonterecht die zeer snel tot stand komt, ook tot de mogelijkheden lijkt te behoren.⁴³⁸ Het is derhalve niet per se vereist dat staten al geruime tijd op dezelfde wijze handelen.⁴³⁹

Dat brengt mij op eis van *opinio iuris sive necessitatis*; de subjectieve voorwaarde dat staten op een bepaalde wijze moeten handelen op grond van een rechtsovertuiging:

“Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as

⁴³² Horbach, Lefeber & Ribbelink, p. 83.

⁴³³ ICJ 27 juni 1986, *ICJ Rep.* 1986, 14 (*Nicaragua v. USA*).

⁴³⁴ ICJ 3 juni 1985, *ICJ Rep.* 1985, 13 (*Case concerning the Continental Shelf*).

⁴³⁵ Horbach, Lefeber & Ribbelink, p. 84.

⁴³⁶ ILA Rapport, p. 26.

⁴³⁷ Schrijver, p. 43.

⁴³⁸ Vergelijk Malanczuk, p. 45-46, waar hij zich sceptisch uitlaat over de idee van “*instant custom*”.

⁴³⁹ Zie ICJ 20 februari 1969, *ICJ Rep.* 1969, 4 (*North Sea Continental Shelf Cases*).

to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough.”⁴⁴⁰

Oftewel, het handelen van staten moet voortvloeien uit een besef dat hiertoe een juridische verplichting bestaat. Zo onderscheidt internationaal gewoonterecht zich van gedragingen die in juridische zin niet bindend zijn:

“There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.”⁴⁴¹

Als er *opinio iuris sive necessitatis* bestaat en de statenpraktijk wijdverbreid is, spreekt men van een regel van algemeen gewoonterecht.⁴⁴² Algemene regels van gewoonterecht binden alle staten. Er hoeft derhalve niet meer te worden bewezen dat een staat ook daadwerkelijk instemde met de regel of geloofde in “*the rule’s obligatory or (as the case may be) permissive character*”.⁴⁴³ Een en ander geldt echter niet voor staten die van meet af aan, toen de regel opkwam, en daarna consequent en openlijk anders hebben gehandeld of het tegendeel hebben verkondigd.⁴⁴⁴ Die staten kwalificeren namelijk als *persistent objector*. Zij worden op geen enkele wijze gebonden door de betreffende gewoonterechtelijke regel. Staten die zijn ontstaan nadat de regel ontstond kunnen echter geen *persistent objector* zijn. Zij zijn simpelweg gebonden aan het internationale gewoonterecht dat gold ten tijde van hun ontstaan.⁴⁴⁵ Voorgaande zienswijzen zijn overigens nog niet zo heel lang gemeengoed. Zo oordeelde het PCIJ in 1927 in *Lotus* bijvoorbeeld:

“The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages gen-

⁴⁴⁰ *North Sea Continental Shelf Cases*, r.o. 77.

⁴⁴¹ *Idem*.

⁴⁴² Kooijmans, p. 13.

⁴⁴³ ILA Rapport, p. 8.

⁴⁴⁴ ICJ 18 december 1951, *ICJ Rep.* 1951, 131 (*Fisheries*). Zie hierover ook Kooijmans, p. 13.

⁴⁴⁵ Zie onder meer Malanczuk, p. 47.

erally accepted as expressing principles of law [...].”⁴⁴⁶

Daaruit werd door sommige (vooral niet-westerse) auteurs afgeleid dat staten zich konden onttrekken aan de werking van het internationaal gewoonterecht door te verklaren dat zij er niet aan gebonden wilden worden.⁴⁴⁷ Deze voluntaristische opvatting heeft vandaag de dag evenwel plaats gemaakt voor de collectieve juridische bewustwording dat staten ook gebonden kunnen worden tegen hun wil.⁴⁴⁸ Aldus is de gewoonteregel ook bindend voor staten die niet hebben deelgenomen aan zijn wordingsproces of die zich er eerst na zijn totstandkoming tegen zouden willen verzetten.⁴⁴⁹ Oftewel, *“if the support for the new rule is sufficiently widespread, the convoy of the law’s progressive development can move forward without having to wait for the slowest vessel”*.⁴⁵⁰ Dat laat onverlet dat er ook sprake kan zijn van een regionale of bilaterale regel van internationaal gewoonterecht, die slechts geldt tussen twee of meer staten.⁴⁵¹

3.5.3.2(b) Gewoonterecht en conflictenrecht

Het conflictenrecht regelt het internationale rechtsverkeer en de gedachte is dat met behulp van het conflictenrecht de belangen kunnen worden geëerbiedigd van de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer.⁴⁵² Het conflictenrecht bepaalt in dat kader niet zelf de materiële uitkomst maar verwijst naar het toepasselijke recht. Er is echter alleen naar behoren verwezen als het resultaat van de verwijzing als passend wordt ervaren. Telkens moeten (organen van) staten dan ook op zoek naar conflictregels die leiden tot de aanwending van dat recht dat voor het internationale rechtsverkeer tot aanvaardbare uitkomsten leidt, anders gaat dat ten koste van een evenwichtig rechtsverkeer. In het licht hiervan kan worden verdedigd dat staten de toepassing van vreemd recht niet zouden moeten uitsluiten met een voorbijgaan aan wat aanvaardbaar is voor

⁴⁴⁶ PCIJ 7 September 1927, *Series A*, No. 10 (*Lotus*).

⁴⁴⁷ Ook recentelijk is deze voluntaristische opvatting nog wel eens verkondigd. Zie bijvoorbeeld Nasser, p. 76-78.

⁴⁴⁸ Horbach, Lefeber & Ribbelink, p. 89.

⁴⁴⁹ Malanczuk, p. 42-43 alsmede Bossuyt & Wouters, p. 110.

⁴⁵⁰ ILA Rapport, p. 28.

⁴⁵¹ Zie hieromtrent onder meer Nasser, p. 74-75 alsmede Kooijmans, p. 13.

⁴⁵² Ofschoon de meeste staten de toepassing van vreemd recht niet structureel zullen uitsluiten, is die mogelijkheid ook niet geheel theoretisch, aldus Krüger, p. 389, waar hij betoogde dat Saoedi-Arabië geen conflictenrecht had, althans slechts een *“Superkollisionsnorm”* kende op grond waarvan *“in allen Fällen stets saudi-arabisches materielles Recht angewendet wird, sofern das allergeringste Anknüpfungsmoment besteht”*.

het internationale rechtsverkeer.⁴⁵³ Wil men vervolgens kunnen stellen dat er in een concreet geval een conflictenrechtelijke regel van internationaal gewoonterecht bestaat die moet worden toegepast, dan zal er ten aanzien van de betreffende regel, zoals wij in de vorige paragraaf zagen, sprake moeten zijn van een gevestigde statenpraktijk en een *opinio iuris sive necessitatis*. Het eerste vereiste is vervuld als de betreffende conflictregel in een representatief aantal staten wordt toegepast.⁴⁵⁴ Dat brengt mij op het tweede vereiste. In paragraaf 3.5.2 heb ik eerder uiteengezet dat het conflictenrecht helpt de afdwingbaarheid van rechten en plichten met inachtneming van de belangen van alle betrokkenen bij het internationale privaatrechtelijke rechtsverkeer op een zo doelmatig en rechtvaardig mogelijke wijze te bewerkstelligen. Als (organen van) staten vervolgens een conflictregel overnemen, opstellen en/of hanteren omdat zij van mening zijn dat alleen zo recht wordt gedaan aan de internationale situatie en alleen zo een passende oplossing wordt geschapen, dan is de vraag of (organen van) staten dat doen enkel uit utiliteitsoverwegingen en welwillendheid dan wel moreel plichtsbesef of (mede) uit de overtuiging dat zij daartoe verplicht zijn jegens de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer. Zou dat laatste het geval zijn, dan zou kunnen worden betoogd dat er sprake is van een *opinio iuris sive necessitatis*. In dat geval is het in theorie tevens mogelijk om bepaalde conflictregels, die deel uitmaken van een gevestigde statenpraktijk en waarover aldus *opinio iuris sive necessitatis* bestaat, te kwalificeren als regels van internationaal gewoonterecht, die in het internationale rechtsverkeer kunnen worden afgedwongen ten opzichte van staten die niet consequent en openlijk anders hebben gehandeld sinds de regel opkwam. Zou inderdaad moeten worden geconcludeerd dat er conflictenrechtelijke regels van internationaal gewoonterecht bestaan, dan moet artikel 10:1 BW – dat bepaalt dat de in boek 10 BW en in andere wettelijke regelingen vervatte regels van internationaal privaatrecht de werking onverlet laten van voor Nederland bindende internationale en communautaire regelingen⁴⁵⁵ – zo ruim worden uitgelegd dat daaronder ook regels van internationaal gewoonte-

⁴⁵³ Wat een voor het internationale rechtsverkeer aanvaardbare oplossing is, is evenwel relatief en afhankelijk van de betrokken rechtsordes.

⁴⁵⁴ Zie voor voorbeelden van regels die wijdverbreid zijn bijvoorbeeld Rabel 1945, p. 38-40. Tegelijkertijd ontkende hij evenwel dat er in die gevallen sprake was van internationaal gewoonterecht. Wel kon er worden gesproken van “*transnational rules*”. Tegelijkertijd stond Rabel echter wel een internationalisering van het conflictenrecht voor, waarbij “*any substantial development [...] will have to be accompanied by a radical turn of choice of law rules from provincial to worldwide thinking*”, aldus Rabel 1945, p. 97-98.

⁴⁵⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Polak 2011, p. 280.

recht vallen.⁴⁵⁶ De gedachte dat conflictregels worden toegepast uit een rechtsovertuiging heeft in het verleden wel ingang gevonden, ook bij diegenen die een internationaal privaatrecht verdedigden dat zijn oorsprong vindt in het nationale domein, zoals bijvoorbeeld bij Johannes Voet,⁴⁵⁷ bij de Commissie tot het Ontwerpen van een Algemeen Burgerlyk en Lystraffelyk Wetboek⁴⁵⁸ en Von Wächter.⁴⁵⁹ Door de zegetocht van de realistische stroming is deze gedachte evenwel overvleugeld door de idee dat er geen gewoonterechtelijke conflictregels bestaan. Malanczuk stelt bijvoorbeeld:

“there *are* rules which are more or less the same in the vast majority of countries. An example is the rule concerning transfer of property; the validity of the transfer depends on the law in force at the place where the property was at the time of the alleged transfer (*lex situs* or *lex rei sitae*). But this similarity could be due to coincidence or to commercial convenience, rather than to any rules of public international law. Similarity between the laws in different countries does not necessarily reflect a rule of public international law [...] In order to prove that public international law requires states to incorporate a particular rule in their municipal laws; it is also necessary to show an *opinion iuris*, a conviction that public international law requires states to incorporate the rule in question in their municipal law. This is what is lacking. When judges apply the *lex situs*, or any other rule of private international law, they do not ask what the practice is in other countries, or attempt to bring their decisions into line with it; nor do they suggest that their actions are governed by any rule of public international law. When a state departs from a generally accepted rule of private international law, it is not denounced as a law-breaker by judges or diplomats in other

⁴⁵⁶ Ofschoon artikel 93 GW zwijgt over de rechtstreekse toepasselijkheid van regels van internationaal gewoonterecht, staat niets eraan in de weg dat zulke bepalingen ook rechtstreeks kunnen werken. Derhalve kan en moet de rechter deze regels in een voorkomend geval ook rechtstreeks toepassen, aldus ook Kamerstukken 15 049, nr. 3 (MvT), p. 11 e.v. alsmede Werner & Wessel, p. 136. Regels van internationaal gewoonterecht gaan op grond van artikel 94 GW echter niet voor op nationale bepalingen. Als er derhalve een conflict bestaat tussen een nationale regel en een regel van internationaal gewoonterecht, dan moet laatstgenoemde regel buiten toepassing worden gelaten, aldus onder meer HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2, m.nt. Veegens (*Ngyuat*), Kamerstukken 15 049, nr. 3 (MvT), p. 11 e.v. alsmede HR 18 december 2001, *NJ* 2002, 559, m.nt. Reijntjes (*Decembermoorden Suriname*) en Heringa e.a., p. 78.

⁴⁵⁷ Paragraaf 2.3.7.2 en paragraaf 2.3.7.3(b).

⁴⁵⁸ Zie paragraaf 2.5.

⁴⁵⁹ Zie paragraaf 2.6.3.

countries.”⁴⁶⁰

Mansel betoogt op soortgelijke wijze dat *opinio iuris sive necessitatis* ontbreekt:

“Eine Staatenpraxis, die Ausdruck der beschriebenen allgemeinen Überzeugung von völkerrechtlich vorgegebenen Kollisionsnormen mit einem bestimmten Inhalt ist, ist aber nicht nachweisbar. Konkrete internationalprivatrechtliche Kollisionsnormen für privatrechtliche Sachverhalte, die in der Staatenpraxis nicht nur als weitverbreitet, sondern als zwingend angesehen werden, sind dem Völkerrecht nicht zu entnehmen.”⁴⁶¹

In dezelfde zin stelt Bodgan ten aanzien van algemeen geaccepteerde en toegepaste conflictregels dat:

“This practice is, however, not a conclusive evidence of the existence of general public international law, as it cannot be shown that the States perceive the practice as binding [...]”⁴⁶²

Zou men de opvatting van bijvoorbeeld de drie hiervoor geciteerde auteurs volgen, dan ontkent men een *opinio iuris sive necessitatis* en daarmee het bestaan van conflictenrechtelijke regels van internationaal gewoonterecht. Het kan evenwel niet worden ontkend dat rechters⁴⁶³ en wetgevers⁴⁶⁴ met betrekking tot het conflictenrecht rekening houden met een gevestigde praktijk in andere staten. Een nationale grondslag van het conflictenrecht hoeft derhalve niet aan een (informele) harmonisatie in de weg te staan.⁴⁶⁵

3.6 Het bestaan van een statengemeenschap is niet vereist

Hiervoor is de term rechtsgemeenschap meermalen naar voren gekomen. Met die term heb ik het oog op een groep van staten die lid is van de EU, partij is bij een ander verdrag of die op enigerlei wijze gebonden is aan

⁴⁶⁰ Malanczuk, p. 73.

⁴⁶¹ Mansel 2006, p. 113 e.v.

⁴⁶² Bogdan 2011, p. 46-47.

⁴⁶³ Zie hierover ook Siehr 2004, p. 337.

⁴⁶⁴ Dat pretendeert België bijvoorbeeld gedaan te hebben toen hij zijn Wet op het internationaal privaatrecht samenstelde. Voor de totstandkomingsgeschiedenis van die wet verwijs ik onder meer naar Erauw & Fallon, p. 59 e.v.

⁴⁶⁵ Zie ook Erauw & Fallon, p. 65.

dezelfde regel van internationaal gewoonterecht. Men zou de groep van staten vervolgens ook kunnen uitbreiden naar een gemeenschap van staten wier maatschappijen gebaseerd zijn op dezelfde waarde- en doelvoorstellingen.⁴⁶⁶ Zo'n gemeenschap noem ik hierna een statengemeenschap.

Voor staten die behoren tot zo'n statengemeenschap zal het niet veel uitmaken dat het eigen recht terugtreedt in gevallen die de wetgever niet exclusief wil reguleren naar zijn eigen inzichten (en waarvoor dus geen selectief nationalisme geldt) ten faveure van het recht van een andere staat uit die gemeenschap, aangezien dat recht gebaseerd zal zijn op dezelfde waarden en normen. Het is evenwel de vraag of men ook vreemd recht moet willen toepassen dat zijn oorsprong niet vindt in dezelfde waarden- en normenbron. Veel auteurs zijn geneigd om voornoemde vraag met een verwijzing naar Von Savigny positief te beantwoorden en aan te nemen dat alle rechtsstelsels in beginsel inwisselbaar en gelijkwaardig zijn.⁴⁶⁷ Men kan zich evenwel afvragen of dat werkelijk Von Savigny's boodschap was. Het is mijns inziens namelijk aannemelijker dat hij slechts oog had voor een gemeenschap van volkeren die was gebaseerd op het Christendom en hij (naar alle waarschijnlijkheid) dus slechts oog had voor de inwisselbaarheid van wetten uit landen waar het Christendom de leidende godsdienst was en waar dus in meer of mindere mate dezelfde waarden en normen golden.⁴⁶⁸ Nadien is Von Savigny's leer evenwel breder getrokken en heeft de opvatting ingang gevonden dat alle wetten van alle soevereine landen bij wijze van uitgangspunt op voet van gelijkwaardigheid voor toepassing in aanmerking kunnen komen.⁴⁶⁹ Verwijst de toepasselijke conflictregel aldus naar vreemd recht, dan moet dat recht bij wijze van uitgangspunt met een terzijdestelling van de *lex fori* worden toegepast.⁴⁷⁰ In deze opvatting verzet vervolgens niets zich er tegen om met behulp van een Savigniaansachtige verwijzingsregel het recht toe te passen van een land met een andere culturele achtergrond en andere waarde- en doelvoorstellingen. Wanneer er op basis van ons conflictenrecht evenwel een rechtsstelsel moet worden toegepast van een land met andere rechtsopvattingen, dan dient de rechter de toe te passen regels wel met een kritisch oog te bekijken om te voorkomen dat regels worden toegepast die indruisen tegen onze openbare orde. Onze wetgever moet zich volgens Ten Wolde bovendien tel-

⁴⁶⁶ Ten Wolde 2011, p. 615.

⁴⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Vonken 2006, p. 24.

⁴⁶⁸ Zie paragraaf 2.7.

⁴⁶⁹ Zie hieromtrent ook Jessurun d'Oliveira 2002, p. 118.

⁴⁷⁰ In gelijke zin De Boer 1993, p. 20. Zie hieromtrent ook Lando 2002, p. 240.

kens weer opnieuw de vraag stellen of een onderwerp zich wel leent voor een neutrale verwijzingsregel of dat niet (mede) gewerkt zou moeten worden met *scope rules* om aan te geven in welke gevallen het Nederlandse recht van toepassing is dan wel kan worden vervangen door vreemd recht.⁴⁷¹

Omdat er geen wereldwijd eenvormig conflictenrecht bestaat, valt niet uit te sluiten dat specifieke kwesties in het ene land anders worden beoordeeld dan in het andere land. Dat is historisch verklaarbaar aangezien conflictregels doorgaans sterke wortels hebben in de in een bepaalde rechtscultuur geldende rechtsopvattingen, die op hun beurt vaak ook weer wat inhoud en functie betreft divergeren.⁴⁷² Een divergentie van conflictregels kan vervolgens alleen worden weggenomen door een harmonisatie van het conflictenrecht. Een wereldwijde codificatie lijkt vooralsnog evenwel praktisch onbereikbaar gezien de wereldwijde maatschappelijke, culturele, economische en sociale verschillen en het is derhalve maar de vraag of Von Savigny's ideaal der beslissingsgelijkheid, dat uitgaat van universele en overal gelijke aanknopingspunten, ooit zal worden gerealiseerd.⁴⁷³

Wanneer een Nederlandse conflictregel de toepassing van een vreemd recht voorschrijft kan het aldus gebeuren dat de staat waarvan het recht moet worden toegepast niet dezelfde conflictregel kent. In Nederland wordt dat in het algemeen niet als bezwaarlijk ervaren. Reciprociteit is immers geen vereiste. Men kan zich evenwel afvragen of wij wel het recht zouden moeten willen toepassen van staten die zelf een sterke focus hebben op de *lex fori* en waar wordt gekozen voor toepassing van de *lex fori* zonder dat daar objectieve en redelijke belangen aan ten grondslag liggen. Er ontstaat dan immers een *free rider* effect: wij passen wel het recht van de betreffende staat toe (omdat bijvoorbeeld onze open meerszijdige conflictregel naar dat recht verwijst) terwijl omgekeerd ons recht niet of slechts in een beperkt aantal gevallen wordt toegepast in die staat, als gevolg waarvan zou kunnen worden betoogd dat een evenwichtige en gelijkwaardige interactie tussen de verschillende rechtssystemen wordt ondermijnd. Dit *free rider* effect kan worden ingeperkt door de toepassing van het recht van *free rider* staten aan banden te leggen. Een dergelijke *retaliation in kind* kan evenwel gevolgen hebben voor de internationale rechtsverhouding. Zo zouden er – wanneer het recht van de *free rider* staat buiten toepassing wordt gelaten terwijl dat het door ons conflicten-

⁴⁷¹ Zie hierover uitgebreid Ten Wolde 2011, p. 612 e.v.

⁴⁷² Vonken 2006, p. 17.

⁴⁷³ Zie hierover ook Neuhaus 1973, p. 458.

recht aangewezen recht is – rechten en plichten in het leven kunnen worden geroepen die naar dat recht niet bestaan. Ook kunnen er rechten en plichten worden miskend die naar dat recht wel bestaan. Bovendien kan er een rechtssituatie worden geschapen die niet zou zijn gecreëerd door dat recht of die in de *free rider* staat niet wordt erkend. Aldus kunnen de deelnemers aan het internationale rechtsverkeer worden benadeeld door een *retaliation in kind*, reden waarom dat naar het zich laat aanzien per saldo niet gewenst lijkt.

3.7 Conclusie

In dit hoofdstuk zocht ik antwoorden op de volgende twee vragen: (i) vindt het internationaal privaatrecht zijn grondslag in een supranationale bron recht of niet, en (ii) zijn staten wel of niet vrij om zelf te bepalen wanneer vreemd privaatrecht mag worden toegepast? Het antwoord op deze vragen laat zich in het licht van voorgaande paragrafen als volgt samenvatten. Het conflictenrecht vindt zijn grondslag in een supranationale bron voor zover het voortspuit uit verdragen, het communautaire recht en het internationaal gewoonterecht. Voor kwesties die daardoor worden bestreken zijn staten niet meer vrij om het conflictenrecht naar eigen goeddunken in te richten. Daar komt bij dat de inhoud en werking van een (commune) conflictregel kan worden beïnvloed door fundamentele beginselen van Unierecht, het Handvest, mensenrechtenverdragen en investeringsverdragen, die in dat opzicht een raamwerk bieden waarbinnen moet worden geacteerd door de staten die gebonden worden door die regelingen. Aldus kan worden gesteld dat het internationaal publiekrecht – welk recht een weerspiegeling vormt van de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren – het internationaal privaatrecht beïnvloedt.

4. DE PROCESSUELE POSITIE VAN HET IPR EN HET VREEMDE RECHT IN NEDERLAND

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 bleek dat het conflictenrecht niet alleen wordt gevonden in het nationale recht maar ook volgt uit internationale en communautaire rechtsbronnen. Zulke rechtsbronnen kunnen de statelijke vrijheid om de inhoud van een conflictregel volledig naar eigen goeddunken in te richten tevens beperken. Dat laat echter onverlet dat het internationaal privaatrecht per land kan verschillen en ook daadwerkelijk verschilt, aangezien elk land voor een substantieel aantal kwesties nog steeds zijn eigen conflictregels kan vaststellen en vaststelt. Zo ook Nederland. Behalve voor kwesties ten aanzien waarvan sprake is van een selectief nationalisme hebben wij in Nederland evenwel geen voorkeur voor het eigen recht, zodat voor kwesties waarvoor geen selectief nationalisme geldt alle rechtsstelsels bij wijze van uitgangspunt op dezelfde wijze voor toepassing in aanmerking komen. Voor die gevallen gaan wij er dus vanuit dat alle rechtsstelsels gelijkwaardig zijn.¹ Dat is ook het normatieve uitgangspunt dat vandaag de dag ten grondslag ligt aan ons conflictenrecht. Daarbij wordt uitgegaan van een verplichting ten opzichte van de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer om dat recht toe te passen dat de relevante verwijzingsregel voorschrijft, ongeacht of dat vreemd recht of Nederlands recht is.² In het licht hiervan en gezien het doel van het conflictenrecht zou men vervolgens kunnen denken dat rechters te allen tijde het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht zullen (moeten) toepassen. Hierna onderzoek ik of dat ook daadwerkelijk het geval is. Oftewel, in dit hoofdstuk beantwoord ik de vraag wat de precieze status is van het conflictenrecht en het vreemde recht in een Nederlandse gerechtelijke procedure.

4.2 De processuele behandeling van het recht in het algemeen

Voordat ik nader inga op de centrale vraag van dit hoofdstuk, volgt in deze paragraaf eerst een kort exposé over de processuele behandeling van het materiële recht in procedures bij de rechtbanken. Daarbij moet men voor ogen houden dat algemeen wordt aangenomen dat rechtsregels een aanvullend of dwingend karakter kunnen hebben. Van aanvullend of regelend recht kan contractueel worden afgeweken,³ van dwin-

¹ Zie paragraaf 3.6.

² *Idem.*

³ Smith 2004, p. 59.

gend recht niet. Vervolgens rijst de vraag hoe een rechter met de verschillende soorten regels omgaat.

4.2.1 *Aanvulling van rechtsgronden*

Voor de beantwoording van die vraag moet aansluiting worden gezocht bij artikel 25 Rv. Dat artikel bepaalt:

“De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan.”⁴

Op grond van dit artikel dient de rechter de door partijen gestelde feiten en omstandigheden – die hij op grond van artikel 24 Rv niet mag aanvullen⁵ – juridisch te kwalificeren. Men hoeft de rechter dus alleen de feiten en omstandigheden te geven, niet het recht. Voor ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is derhalve noodzakelijk maar tegelijkertijd ook voldoende dat een partij zodanige feitelijke stellingen aan haar vordering ten grondslag legt dat deze – eventueel in onderling verband en samenhang bezien, mits voor zowel de rechter als de wederpartij duidelijk genoeg is dat de desbetreffende stellingen (mede) in die samenhang of dat verband ten grondslag worden gelegd aan de vordering – toewijzing van de vordering kunnen rechtvaardigen op de door de rechter bij te brengen rechtsgrond.⁶ Dat betekent dat de rechter zelfstandig moet nagaan welke rechtsregels van toepassing zijn op de ten processe aangevoerde of vastgestelde feiten. Daarbij is de rechter in beginsel niet gebonden aan de door partijen ingeroepen regels of gegeven rechtsbeschouwingen.⁷

4.2.2 *Aanvulling rechtsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd*

De grenzen van de rechtsstrijd worden in beginsel getrokken door de (proces)partijen.⁸ Zij bepalen in beginsel namelijk waarover wordt geprocedeerd door de eis of het verzoek, de conclusie van het verweer en de aan een en ander ten grondslag liggende stellingen en weren.⁹ Binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet de rechter vervolgens alle rechtsgronden aanvullen,¹⁰ ongeacht of het gaat om regels van dwingend of rege-

⁴ Artikel 48 Rv (oud) luidde als volgt: “De regters moeten bij hunne beraadslagingen van ambtswege de regtsgronden aanvullen welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd.”

⁵ In gelijke zin Lewin 2011, p. 13-14 en Hugenholtz/Heemskerk, p. 152-153.

⁶ HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143 (*Post/Kleijweg*).

⁷ Stein/Rueb, p. 42.

⁸ Zie hieromtrent Snijders, Klaassen & Meijer, p. 52 e.v. alsmede Ahsmann, p. 75-77.

⁹ Snijders, Klaassen & Meijer, p. 56.

¹⁰ Vergelijk Van Schaick 2011, 99. Volgens hem blijkt het in de praktijk lastig om de rechtsgronden aan te vullen zonder daarbij tegelijkertijd het verbod te overtreden dat de

lend recht.¹¹ Daarbij past wel een uitdrukkelijk voorbehoud. Een rechter mag de rechtsgronden namelijk niet aanvullen als een partij een beroep moet doen op de rechtsgevolgen van de betreffende regel.¹² Wat dat betreft kan onder meer worden gedacht aan vernietiging, verrekening, gezag van gewijsde en verjaring.¹³ Een partij hoeft bijvoorbeeld niet te stellen dat artikel 3:310 BW in het geding is, maar zij moet wel stellen dat de vordering verjaard is en voldoende duidelijk maken op welke verjaring zij het oog heeft.¹⁴

De rechtbanken blijven binnen de grenzen van de rechtsstrijd als het petitum alsmede de door partijen in het geding aangevoerde of vastgestelde feiten en omstandigheden de aanvulling van de relevante¹⁵ rechtsgronden kunnen rechtvaardigen.¹⁶ Verder mogen partijen de grenzen van hun rechtsstrijd niet anderszins hebben beperkt. Van dit laatste zal sprake zijn, indien (a) de belanghebbende partij wenst dat haar vordering uitsluitend wordt beoordeeld op basis van een specifieke grondslag,¹⁷ of (b) beide partijen hun rechtsverhouding op dezelfde wijze kwalificeren en de ten processe vaststaande feiten geen grond geven voor een op een zuiver rechtsoordeel berustende andere kwalificatie.¹⁸ Zou de rechter de rechtsgronden in die gevallen desondanks toch ambtshalve aanvullen, dan treedt hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd.¹⁹

De werking van artikel 25 Rv laat zich verduidelijken aan de hand van het volgende voorbeeld. Ook al hoeven de partijen de feiten en omstandigheden niet juridisch te duiden, zij doen dat meestal wel. Stel A vordert schadevergoeding van B. Stel verder dat A daarbij betoogt dat B een onrechtmatige daad heeft gepleegd, waarvoor A een aantal feiten en omstandigheden aanvoert. De rechter meent evenwel dat er geen sprake is

feitelijke grondslag van de vordering of het verweer niet mag worden aangevuld, terwijl de rechter de rechtsgronden evenmin mag aanvullen als hij daarvoor de feiten anders moet duiden dan de betreffende partij zelf doet.

¹¹ Hovens 2007, p. 135.

¹² Zie ook Smith 2004, p. 63 en Loth 2009, p. 51.

¹³ Zie ook Van Schaick 2011, 92 alsmede Hugenholtz/Heemskerk, p. 153.

¹⁴ Vergelijk HR 29 december 1995, NJ 1996, 418, m.nt. Stein (*Buyck/Van den Aemele*).

¹⁵ Zo zouden partijen bepaalde regels van aanvullend recht (contractueel) buiten werking kunnen hebben gesteld. Die regels vallen dan buiten de grenzen van de rechtsstrijd en zijn derhalve niet relevant meer voor de beoordeling van het geschil. Een rechter mag hen derhalve niet toepassen.

¹⁶ Smith 2004, p. 55, met een aantal voorbeelden ter verduidelijking.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld HR 1 februari 1991, NJ 1991, 598 (*Krumpelman/Renier de Graaf Stichting*), HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625 (*Van Rooij/Van der Sluijs*) en Voorzieningenrechter Rb. Leeuwarden 1 juni 2011, JOR 2011, 220 (*Faber/Swisch Holding*).

¹⁸ HR 16 februari 1996, NJ 1997, 186, m.nt. Mendel (*Zürich Versicherungsgesellschaft/Siemens*).

¹⁹ Zie hierover ook Smith 2004, p. 56.

van onrechtmatige daad. Dan moet hij vervolgens beoordelen of partijen hun rechtsstrijd op enigerlei wijze hebben beperkt tot een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad. In dat verband moet de rechter eerst bekijken of het gevorderde (het *petitum*) in de weg staat aan toewijzing van de vordering op een aan te vullen rechtsgrond. Is dat niet het geval, dan zal de rechter vervolgens moeten onderzoeken of de gestelde feiten en omstandigheden (de *posita*) ook op een andere rechtsgrond – bijvoorbeeld wanprestatie of ongerechtvaardigde verrijking – kunnen leiden tot toewijzing van de gevorderde schadevergoeding.²⁰ Stuit de aanvulling daarop evenmin af, dan is de rechter verplicht de rechtsgronden aan te vullen. Hij moet het geschil tussen partijen in dat geval verder afdoen op basis van die rechtsgrond. Voorts dient de rechter de rechtsgronden aan te vullen als partijen onjuiste stellingen hebben verkondigd ten aanzien van het recht.²¹ Verzuimt een rechter om de rechtsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd aan te vullen dan is zijn uitspraak vernietigbaar.²² Daarbij moet de rechter er natuurlijk wel bedacht op zijn dat hij partijen niet mag confronteren met een verrassingsbeslissing. Derhalve zal hij partijen in sommige gevallen alsnog in de gelegenheid moeten stellen zich nader uit te laten over de aan te vullen rechtsgrond.²³

4.2.3 *Aanvulling buiten het partijdebat om*

Wanneer de rechter tot het oordeel komt dat hij buiten het partijdebat zou treden als hij de rechtsgronden zou aanvullen, rijst de vraag wat hij nog kan en wat hij eventueel nog moet. Regels van aanvullend recht mag hij in ieder geval niet toepassen.²⁴ Vervolgens rijst de vraag of de rechter wel buiten de kaders van het geschil mag treden als regels van dwingend recht in het spel zijn. Het antwoord op die vraag luidt in beginsel eveneens ontkennend. Zo zijn partijen voor de meeste regels van dwingend recht ook vrij om zelf te bepalen of zij hun geschil in een (gerechtelijke) procedure getoetst wensen te zien aan die regel.²⁵ Het gaat in overwegende mate namelijk om regels die het partijbelang dienen en die in een gerechtelijke procedure – net als regels van aanvullend recht – tot hun vrije dispositie staan. Buiten het partijdebat om mag de rechter zo'n regel van dwingend recht dus niet toepassen.²⁶ Derhalve past hem lijdelijkheid.

²⁰ Zie bijvoorbeeld HR 16 maart 1939, NJ 1939, 1048 (*De Lang/Industrie- & Handelsmaatschappij*).

²¹ In gelijke zin Smith 2004, p. 52.

²² Zie voor een recent praktisch voorbeeld HR 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3000.

²³ Zie Lindijer, p. 321 e.v.

²⁴ Smith 2004, p. 59.

²⁵ Vergelijk Vriesendorp 1970, p. 122-125.

²⁶ HR 9 december 2011, RodW 2011, 1543 (*Doornenbal/Van der Spek*).

Er bestaan evenwel uitzonderingen op dit uitgangspunt, bijvoorbeeld voor regels van dwingend recht waarbij ook het algemeen belang of fundamentele rechtsbeginselen zijn betrokken. Het gaat dan om regels die processueel van openbare orde zijn. In dat geval mag de rechter zich juist niets gelegen laten liggen aan de rechtsstrijd van partijen.²⁷ Van hem wordt nu een actieve houding verwacht. Regels van openbare orde moet de rechter dus te allen tijde toepassen op de naar voren gebrachte feiten.²⁸ Ook als partijen van de betreffende regel hebben willen afwijken.²⁹

4.2.4 *Regels van openbare orde*

Uit het voorgaande volgt dat niet alle regels van dwingend recht noodzakelijkerwijs regels van openbare orde zijn in de zin van artikel 25 Rv.³⁰ Van een rechtsregel van openbare orde die de rechter dus ook ambtshalve buiten de rechtsstrijd om moet toepassen is pas sprake indien wordt geoordeeld dat het algemeen belang of fundamentele rechtsbeginselen worden geschaad als die regel niet wordt toegepast.³¹ Het gaat dus om regels die een rechter moet toepassen vanwege hun fundamentele karakter.³² Volgens Wesseling-Van Gent gaat het om regels waarvan de rechtsgevolgen niet ter vrije bepaling van partijen staan, die het algemeen belang raken en die van fundamentele betekenis zijn voor de rechtsorde.³³ Crommelin meent daarbij dat het algemeen belang ook betrokken kan zijn wanneer een rechtsnorm slechts betrekking heeft op een partijbelang, maar de bescherming van dit partijbelang van zo'n substantieel gewicht is dat de bescherming ervan wordt toevertrouwd aan de rechter.³⁴ Met andere woorden: regels die processueel van openbare orde zijn, kunnen worden beschouwd als 'superdwingend recht'.³⁵

Wanneer er sprake is van superdwingend recht is lang niet altijd duidelijk en zolang onduidelijk is of een dwingendrechtelijke regel processueel van openbare orde is, zal een rechter die, anders dan partijen, doorziet dat die regel het partijdebat doorkruist, zelf de vraag moeten beantwoor-

²⁷ Van Schaick 2011, 110.

²⁸ Ahsmann, p. 84.

²⁹ In gelijke zin Loth 2009, p. 50.

³⁰ A-G Wesseling-Van Gent in punt 2.29 van haar conclusie voor *Doornenbal/Van der Spek* (zie noot 26).

³¹ HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (*Heerlen/Whizz*).

³² Asser hoger beroep/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2012, 176.

³³ Wesseling-Van Gent in punt 2.29 van eerdergenoemde conclusie bij *Doornenbal/Van der Spek* (zie noot 26).

³⁴ Crommelin, p. 97.

³⁵ Snijders/Wendels, p. 218.

den of hij buiten de rechtsstrijd van partijen kan en moet treden.³⁶ Daarbij bestaat als vanzelfsprekend het risico dat hij door een hogere instantie wordt teruggefloten.

4.2.5 *Aanvulling van rechtsgronden en EU-recht*

Dat brengt mij op de positie van het Unierecht in een gerechtelijke procedure. Binnen de grenzen van rechtsstrijd van partijen is de rechter verplicht om het Unierecht te allen tijde aan te vullen, ongeacht het gewicht van deze rechtsgrond.³⁷ Buiten de kaders van het geschil bestaat die verplichting niet zonder meer. Voor zover ik heb kunnen nagaan is de rechter namelijk slechts in een beperkt aantal gevallen verplicht tot aanvulling (lees: toepassing) van Unierecht. In de eerste plaats moet het Unierecht ambtshalve worden toegepast als de plicht daartoe uitdrukkelijk verankerd zou zijn in het primaire Unierecht of een Unie-instrument. In de tweede plaats moet het Unierecht ambtshalve worden toegepast als het HvJEU dat zo bepaalt. Wat dat betreft kan worden gedacht aan consumentenkwesties die bijvoorbeeld verband houden met de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (93/13/EEG)³⁸ en de Richtlijn consumentenkrediet (87/102/EEG).³⁹ Die richtlijnen dienen gezien hun aard en het openbaar belang namelijk ambtshalve te worden toegepast om zeker te stellen dat consumenten daadwerkelijk de kans hebben om hun rechten te verwezenlijken.⁴⁰ Alleen zo kan namelijk een mogelijke bestaande situatie van ongelijkheid worden opgeheven. In de derde plaats dient het Unierecht dat naar zijn aard (processueel) van openbare orde is ambtshalve te worden toegepast. Daarbij kan op grond van de rechtspraak van het HvJEU worden gedacht

³⁶ Van Schaick 2011, 100.

³⁷ Zie ook Ancery 2012, p. 197-198.

³⁸ Zie onder meer HvJEU 14 juni 2012 (C-618/10), NJ 2012, 512, m.nt. Mok (*Banco Español de Crédito*) en HvJEU 30 mei 2013 (C-488/11), NJ 2013, 487, m.nt. Mok (*Asbeek Brusse*). Zie voorts onder andere Keus 2010, p. 54-55, Spanjaard 2012 alsmede Leemburg, p. 112-120.

³⁹ HvJEU 4 oktober 2007 (C-429/05), NJ 2008, 37, m.nt. Mok (*Rampion/Franfinance*).

⁴⁰ Interessant is in dit verband dat gezien de aard en het gewicht van het openbaar belang waarop bijvoorbeeld de door Richtlijn 93/13/EEG aan de consument verzekerde bescherming berust, artikel 6 uit die richtlijn moet worden beschouwd als gelijkwaardig aan een nationale regel die kwalificeert als een regel van openbare orde, aldus HvJEU 6 oktober 2009 (C-40/08), NJ 2010, 11, m.nt. Mok (*Asturcom Telecomunicaciones*). Met andere woorden: de bepaling is niet van openbare orde, maar moet wel als zodanig worden behandeld. Zie hieromtrent ook Snijders, Klaassen & Meijer, p. 57: "Sinds het Asturcom-arrest moet onvermijdelijk worden aangenomen dat het HvJ EU fundamenteel consumentenrecht gelijkstelt met recht van openbare orde in de zin van onze regels voor ambtshalve toepassing van recht van openbare orde [...]."

aan bepaalde regels van mededingingsrecht,⁴¹ al is het tegendeel op basis van *Schijndel/Pensioenfonds voor fysiotherapeuten*⁴² en *Van der Weerd*⁴³ ook wel verdedigd.⁴⁴ Tot slot is daar een restcategorie, waarin het Unierecht wel van invloed zou kunnen zijn op de beoordeling van het geschil, maar geen van voorgaande gevallen zich voordoet. In zulke gevallen is het in beginsel aan de lidstaten overgelaten om hun procesrecht zo in te richten dat aanspraken op basis van het Unierecht geldend kunnen worden gemaakt. Die regels mogen op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel niet ongunstiger zijn dan voor soortgelijke gevallen onder het nationale (interne) recht.⁴⁵ Uit hoofde van het doeltreffendheidsbeginsel mogen de nationale procesregels de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk evenmin onmogelijk of uiterst moeilijk maken.⁴⁶ De rechter dient het Unierecht in beginsel dan ook toe te passen in situaties waarin hij vergelijkbare rechtsgronden van nationaal recht ook ambtshalve zou moeten toepassen, althans wanneer hij daartoe bevoegd zou zijn (de zogenaamde “mogen is moeten-regel”).⁴⁷

4.2.6 De verschillende soorten recht

Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat er in het kader van een gerechtelijke procedure drie soorten rechtsregels bestaan. Dat zijn regels van: (i) aanvullend of regelend recht, (ii) dwingend recht dat niet van openbare orde is, en (iii) dwingend recht van openbare orde, ook wel superdwingend recht genaamd.

4.3 De processuele behandeling van het conflictenrecht

Dat brengt mij op de vraag wat het karakter is van ons conflictenrecht. Is het aanvullend of dwingend recht? Als het aanvullend recht zou zijn, dan zouden partijen kunnen opteren voor de toepassing van vreemd conflic-

⁴¹ Vergelijk voor de ontwikkeling in de rechtspraak HvJEU 1 juni 1999 (C-126/97), NJ 2000, 339 (*Eco Swiss*), HvJEU 11 mei 2000 (C-38/98), NJ 2003, 627 m.nt. Vlas (*Renault/Maxicar*), HR 3 december 2004, NJ 2005, 118, m.nt. Mok (*Vreugdenhil/Floraholland*), HvJEU 13 juli 2006 (C-295-298/04), NJ 2007, 37, m.nt. Mok (*Manfredi*) en HvJEU 4 juni 2009 (C-8/08), NJ 2009, 432, m.nt. Mok (*T-Mobile*).

⁴² HvJEU 14 december 1997 (C-430/95 en C-431/93), NJ 1997, 116 (*Schijndel/Pensioenfonds voor fysiotherapeuten*).

⁴³ HvJEU 7 juni 2007 (C-222-225/05), NJ 2007, 391, m.nt. Mok (*Van der Weerd*).

⁴⁴ Zie hierover onder andere Snijders 2008, Hartkamp 2008, Keus 2010, p. 67-69, Ras/Hammerstein, p. 44, Asser/Hartkamp 3-I* 2011 en Hartkamp 2012, 124 e.v., Ancery 2012, p. 167 e.v. alsmede Snijders 2014.

⁴⁵ Keus 2013, p. 219.

⁴⁶ Zie ook Loth 2009, p. 52-53.

⁴⁷ Asser/Hartkamp 3-I* 2011 alsmede Hartkamp 2012, 124 & 130.

tenrecht, een eigen conflictregel kunnen opstellen of de toepassing van Nederlands conflictenrecht (contractueel) kunnen uitsluiten. Dan zouden partijen, door bijvoorbeeld te kiezen voor de toepassing van vreemd conflictenrecht, eveneens afbreuk kunnen doen aan het prerogatief van de Nederlandse staat om met inachtneming van zijn internationaalrechtelijke en communautaire verplichtingen te bepalen welk recht in een bepaalde situatie op zijn grondgebied moet worden toegepast. Dat wordt evenwel niet mogelijk geacht.⁴⁸ Derhalve moet worden geconcludeerd dat ons conflictenrecht dwingendrechtelijk van aard is. Het is vervolgens de vraag hoe daar processueel mee wordt omgegaan. Oftewel, wordt het conflictenrecht in een gerechtelijke procedure behandeld als dwingend recht dat niet van openbare orde is of als dwingend recht dat wel van openbare orde is?

4.3.1 *Bij de rechtbanken*

Rechtbanken moeten het conflictenrecht ambtshalve toepassen.⁴⁹ Dat wordt algemeen aangenomen sinds *Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*⁵⁰ uit 1915.⁵¹ In die zaak ging het om de betaling van een in Duitsland getrokken wissel. In eerste aanleg noch in hoger beroep was de vraag naar het toepasselijk recht aan de orde gesteld. Partijen en rechters waren uitgegaan van Nederlands recht. In cassatie werd daarover geklaagd. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat:

“het bij dit middel gevoerd verweer wel voor het eerst in cassatie is geopperd, doch dit aan het onderzoek der juistheid daarvan niet in den weg staat, wanneer die grief een rechtsgrond betreft, dien de Rechter ook ambtshalve te onderzoeken en aan te vullen heeft, gelijk hier het geval is;
O. immers, dat art. 10 [Wet AB] gebiedend voorschrijft, dat de vorm van alle handelingen wordt beoordeeld naar de wetten van het land of de plaats alwaar die handelingen zijn verricht, en dus [...] de Rechter ambtshalve te onderzoeken heeft of de in het buitenland getrokken wissel over welks betaling dit rechtsgeding handelt, naar de wetten van dat land inderdaad een wissel is, en de daaraan volgens ééne der partijen naar *Neder-*

⁴⁸ Zie ook Mostermans 1996, p. 84.

⁴⁹ Dat is bijvoorbeeld ook zo in België, Bulgarije, Duitsland, Estland, Griekenland, Hongarije, Italië, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slovenië, Slowakije, Spanje en Tsjechië, aldus Esplugues 2011, p. 18-19.

⁵⁰ HR 4 juni 1915, NJ 1915, 865 (*Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*).

⁵¹ Zie hierover bijvoorbeeld Kusters/Dubbink, p. 733-734, Mostermans 1996, p. 34-35, Pellis 2005, p. 194, Boonk 2005, p. 20 alsmede Vlas 2015, p. 55.

landsch recht klevende gebreken die er het karakter van wissel aan zouden ontnemen, ook naar de wetten van dat land als zoodanig zijn aan te nemen;
O. dat het Hof door dit niet te onderzoeken art. 10 der voormelde wet heeft geschonden [...]"

De Hoge Raad was dus van mening dat de in artikel 10 Wet AB neergelegde conflictregel als rechtsgrond ambtshalve had moeten worden toegepast. Daarbij verwees de Hoge Raad niet expliciet naar artikel 48 Rv, de voorloper van artikel 25 Rv. Dat deed hij daarna wel in *Benima/Rohner*⁵² uit 1927. Vanaf dat moment is dan ook onomstreden dat de verplichting om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen verband houdt met het beginsel van *ius curia novit*.⁵³ Het is derhalve de taak van de rechter om ambtshalve vast te stellen welk rechtsstelsel toepassing verlangt.⁵⁴ Dat uitgangspunt is thans gecodificeerd in artikel 10:2 BW.⁵⁵ Dit artikel bepaalt:

"De regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht worden ambtshalve toegepast."⁵⁶

Wanneer partijen van mening verschillen over het toepasselijke recht spreekt het voor zich dat de rechter het conflictenrecht dient toe te passen. Dan is de vraag naar het toepasselijke recht immers onderdeel van de rechtsstrijd. In dat geval moet de rechter de rechtsgronden aanvullen. Stel bijvoorbeeld dat de eiser zijn zaak bepleit aan de hand van Spaans recht, maar dat zijn wederpartij een beroep doet op Indiaas recht. Dan moet de rechter met behulp van het conflictenrecht bepalen welk recht toepassing verlangt. Dat kan ook een ander recht zijn.

Dat brengt mij op de situatie waarin partijen het conflictenrechtelijke debat niet openen en de vraag naar het toepasselijke recht niet behoort tot de geschilpunten van partijen. Ook in dat soort gevallen dient de rechter het conflictenrecht toe te passen.⁵⁷ Het conflictenrecht moet dus worden toegepast ongeacht of partijen daarom expliciet of impliciet heb-

⁵² HR 8 april 1927, *NJ* 1927, 1110, m.nt. PS (*Benima/Rohner*).

⁵³ Zie onder meer het Rapport Staatscommissie IPR, p. 14 en p. 16-17.

⁵⁴ A-G Franx in punt 5 van zijn conclusie voor HR 15 april 1983, *NJ* 1983, 698, m.nt. Schultsz.

⁵⁵ Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 10.

⁵⁶ Dit artikel sluit nauw aan bij artikel IV van de Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law ("The Madrid Principles"). Dat artikel bepaalt dat: "*Application of foreign law should be made ex officio by the national authority, which must use its best endeavours to ascertain the content of foreign law.*"

⁵⁷ Dat zou ook gelden wanneer de gedaagde niet in het geding is verschenen en tegen hem verstek is verleend, aldus Mostermans 1996, p. 132-136.

ben verzocht.⁵⁸ Vraag is vervolgens of de rechter strikt genomen niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd treedt als hij het conflictenrecht toepast, indien de vraag naar het toepasselijke recht niet behoort tot de geschilpunten van partijen. Dat laatste is het geval als (i) partijen de kwestie van het toepasselijke recht niet opwerpen, of (ii) partijen uitgaan van de toepasselijkheid van hetzelfde recht. Beide scenario's bespreek ik hierna.

In het eerste scenario wordt de kwestie van het toepasselijke recht door partijen onaangeroerd gelaten. Zo kan men bijvoorbeeld in het midden laten welk recht van toepassing is. Verwijst men evenmin naar één of meer specifieke regels uit een bepaald rechtstelsel (zoals bijvoorbeeld artikel 6:162 BW) en kan uit de genoemde jurisprudentie of het gehanteerde begrippenkader ook geen verwijzing naar een specifiek recht worden afgeleid,⁵⁹ dan is onduidelijk op welk recht een beroep wordt gedaan. In dat geval is ook onduidelijk of de toepassing van het conflictenrecht wordt gewenst. Daarentegen is evenmin gegeven dat de toepassing van het conflictenrecht niet wordt verlangd. In zulke gevallen kan derhalve worden betoogd dat de vraag naar het toepasselijke recht nog steeds intrinsiek onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd. Daardoor kan ook worden betoogd dat de rechter in dit soort gevallen niet buiten de grenzen van rechtsstrijd treedt als hij het conflictenrecht toepast.⁶⁰

In het tweede scenario gaan partijen uit van de toepasselijkheid van hetzelfde recht. Hebben partijen hun zaak met internationale aspecten bijvoorbeeld bepleit aan de hand van het Nederlandse recht – met een beroep op een eerder gemaakte rechtskeuze of door bijvoorbeeld te verwijzen naar bepalingen uit dat recht, jurisprudentie of door specifieke begrippen te hanteren – dan is verdedigbaar dat partijen van mening zijn dat hun rechtsverhouding wordt beheerst door dat recht. Hetzelfde geldt als partijen hun zaak hebben bepleit aan de hand van vreemd – bijvoorbeeld Duits, Frans of Amerikaans – recht. Mag vervolgens worden aangenomen dat partijen daadwerkelijk willen dat hun rechtsverhouding door dat recht wordt beheerst,⁶¹ dan moet worden geconcludeerd dat

⁵⁸ Zie hieromtrent ook Snijders/Wendels, p. 232, Ahsmann, p. 81 en Asser/Vonken 10-I, 325.

⁵⁹ Zo kan het bijvoorbeeld voor komen dat het begrip verjaring wordt gehanteerd zonder dat wordt verwezen naar relevante wetbepalingen, specifieke jurisprudentie of literatuur, waardoor het onmogelijk kan zijn om uit de betreffende partijstandpunten te achterhalen op grond van welk recht de verjaringskwestie volgens de betreffende partij(en) zou moeten worden beoordeeld.

⁶⁰ Zie ook Mostermans 1996, p 95.

⁶¹ Het kan evenwel ook zo zijn dat partijen zich niet bewust waren van de conflictenrechtelijke aspecten of dat partijen op onjuiste gronden meenden dat dit recht van

partijen een rechtskeuze hebben gemaakt voor dat recht. In dat geval is de vraag naar het toepasselijke recht in feite geen onderwerp van discussie meer en aldus geen onderdeel meer van het partijdebat. Dat brengt mee dat de rechter *stricto sensu* buiten de grenzen van de rechtsstrijd treedt als hij het conflictenrecht desondanks toch toepast. Wat dat betreft zou de vergelijking kunnen worden gemaakt met de situatie waarin partijen hun rechtsverhouding op dezelfde wijze hebben gekwalificeerd, waardoor ambtshalve aanvulling van rechtsgronden op grond van artikel 25 Rv in beginsel is uitgesloten en de rechter dus buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden als hij voorbij gaat aan die kwalificatie.⁶² Desalniettemin moet de rechter het conflictenrecht uit hoofde van artikel 10:2 BW in dit soort gevallen toch ambtshalve toepassen en controleren of een rechtskeuze mogelijk is, de rechtskeuze geldig is gemaakt en onverkort geldt of dat (mede) regels van het objectief toepasselijke recht moeten worden toegepast.

Nu de rechter gezien artikel 10:2 BW in alle gevallen verplicht is om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen voordat hij een inhoudelijk oordeel kan vellen ten aanzien van het gevorderde of verzochte, moet worden geconcludeerd dat het conflictenrecht niet behoort tot dat gedeelte van het recht waarvan partijen in procedures bij de rechtbanken zelf kunnen bepalen of zij dat toegepast wensen te zien of niet, ongeacht of het is opgesteld door de Nederlandse wetgever of afkomstig is uit een internationale of communautaire bron.⁶³ Aldus wordt recht gedaan aan het doel van het conflictenrecht en het streven dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht ook daadwerkelijk wordt toegepast. Tegelijkertijd kan dan worden verdedigd dat het conflictenrecht voor procedures bij de rechtbanken als gevolg van artikel 10:2 BW net zo wordt behandeld als dwingend recht van openbare orde en aldus kan worden gelijkgesteld met superdwingend recht.

4.3.2 *In appel*

Is één van de partijen het niet eens met de uitspraak van de rechtbank, dan kan zij daarvan veelal in appel komen bij het gerechtshof.⁶⁴ Dat ont-

toepassing was, hetgeen zich natuurlijk niet altijd eenvoudig laat vaststellen. Daarom doen rechters er verstandig aan om niet al te snel een rechtskeuze aan te nemen, althans niet voordat zij partijen daaromtrent hebben gehoord. Zie hieromtrent ook noot 119, paragraaf 5.4.5, paragraaf 5.4.7 en paragraaf 6.7.2.

⁶² Vergelijk paragraaf 4.2.2.

⁶³ Voor het kort geding verwijs ik naar paragraaf 4.6.

⁶⁴ Appel is op grond van artikel 332 Rv bijvoorbeeld niet mogelijk als de vordering waarover de rechter in eerste aanleg had te beslissen niet meer belooft dan EUR 1.750.

sluit de vraag wat de precieze status is van het conflictenrecht in appel-procedures en op welke wijze het conflictenrecht in appel wordt behandeld. Aler ik hier op inga, bespreek ik in het vervolg van deze paragraaf eerst op hoofdlijnen het appelprocesrecht en meer in het bijzonder het grievenstelsel, aangezien dat, zoals nog zal blijken, invloed heeft op de toepassing van het conflictenrecht in appel.

4.3.2.1 *Het appelprocesrecht*

Als partijen in hoger beroep gaan, wordt de zaak in beginsel geheel afgewenteld op de appelrechter.⁶⁵ Dit houdt verband met de devolutieve werking van het appel.⁶⁶ De appelrechter doet de zaak vervolgens in laatste feitelijke instantie af, op basis van een voortgezet debat van partijen waarin hun standpunten definitief komen vast te staan.⁶⁷ Daarbij heeft de appelrechter te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing.

4.3.2.1(a) *Een nieuwe feitelijke instantie*

Ofschoon hoger beroep niet louter en alleen een volledige herkansing betekent,⁶⁸ is de appelrechter ook niet alleen een controle-instantie die enkel beoordeelt of de vorige rechter het goed heeft gedaan.⁶⁹ Het hoger beroep biedt partijen namelijk een tweede kans om hun zaak voor te leggen en te laten beoordelen en partijen krijgen aldus in beginsel een integrale herkansing om hun standpunten te presenteren. In hoger beroep mogen partijen dan ook een zienswijze betrekken die tegenstrijdig is aan de zienswijze die zij in eerste aanleg hebben betrokken. Tevens kunnen zij andere gronden en feiten aanvoeren. Zelfs een radicale koerswijziging is in beginsel toegestaan.⁷⁰

4.3.2.1(b) *De grenzen van de rechtsstrijd*

De omvang van het debat in appel kan evenwel beperkter zijn dan in

⁶⁵ Zie voor de hoofdregel en de uitzonderingen HR 11 december 2009, NJ 2010, 581, m.nt. Snijders (*AB&P/Axa Leven*), HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:96 (*X/Ontoanger Rijnmond*) alsmede HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:97.

⁶⁶ Zie voor de plaats, het belang en de functie van het appel bijvoorbeeld Hovens 2005, p. 242 e.v., Snijders/Wendels, p. 3 e.v. en Snijders, Klaassen & Meijer, p. 60-62 en p. 296-297.

⁶⁷ Van der Wiel 2012, p. 72.

⁶⁸ Zie aldus Hammerstein 2014, p. 71 en Asser 2014, 102.

⁶⁹ Van der Wiel 2012, p. 71.

⁷⁰ HR 9 juli 2010, JBP 2010, 57, m.nt. Hovens.

eerste aanleg.⁷¹ Zo onderzoekt het hof de zaak slechts binnen de grenzen van de rechtsstrijd van het hoger beroep. Die grenzen worden bepaald door de eis(en), de grieven⁷² en eventueel het incidenteel beroep. Dit hangt samen met de negatieve zijde van de devolutieve werking van het appel. Het is namelijk aan (incidenteel) appellant om te bepalen in hoeverre hij de uitspraak van de rechtbank aan het oordeel van de appelrechter onderwerpt.

Hoewel het hoger beroep in beginsel de hele uitspraak omvat waartegen wordt geappelleerd, kan appellant de omvang van zijn appel beperken tot enkele beslissingen uit het dictum van de bestreden uitspraak.⁷³ Bestrijdt appellant een bepaalde beslissing namelijk niet, dan moet de appelrechter haar in beginsel eerbiedigen.⁷⁴ Is een appellant in eerste aanleg bijvoorbeeld veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, boetes en wettelijke rente, dan zou hij de omvang van de rechtsstrijd in appel kunnen beperken tot zijn veroordeling om boetes te betalen. De overige veroordelingen zijn dan een gegeven.

Verder moet de appelrechter de beslissingen uit de uitspraak uit eerste aanleg, die binnen de omvang van het hoger beroep vallen, maar die niet door de grieven worden aangevallen, eerbiedigen.⁷⁵ Oftewel, binnen de omvang van het hoger beroep wordt de beoordelingsruimte van de appelrechter verder beperkt door de grieven.⁷⁶ Wil (incidenteel) appellant derhalve een beslissing in hoger beroep aantasten, dan zal hij daartegen ook altijd een behoorlijk in het geding naar voren gebrachte grief moeten aanvoeren.

In dit verband kan zich de situatie voordoen dat bepaalde overwegingen uit het lichaam van de uitspraak, die ten grondslag liggen aan de bestreden beslissing, niet worden aangevallen. Zo kan (incidenteel) appellant in hoger beroep de vaststelling van één of meer feiten door de eerste rechter bijvoorbeeld niet bestrijden. Is het vastgestelde feit vervolgens

⁷¹ Ook een verruiming is mogelijk, indien de feiten, de gronden en/of de eisen worden uitgebreid.

⁷² De grenzen van de rechtsstrijd worden primair omlind door de grieven die appellant in hoger beroep aanvoert tegen de uitspraak of uitspraken van de rechtbank, waarover onder meer Tjittes & Asser, p. 32 e.v.

⁷³ In het algemeen is de omvang van het appel in ieder geval beperkt tot de voor appellant nadelige beslissingen. Dat volgt uit het verbod van *reformatio in peius*. Volgens dat beginsel zou appellant namelijk niet slechter mogen worden van zijn eigen hoger beroep. Zie voor een verdedigbare uitzondering op deze regel paragraaf 4.3.2.1(h).

⁷⁴ Zie Ras/Hammerstein, p. 17 en Lock 2015, p. 25-26.

⁷⁵ Lock 2014, p. 48.

⁷⁶ Lock 2015, p. 26.

mede dragend voor een in het nadeel van de appellant uitgevallen beslissing, dan is de appelrechter aan dat vastgestelde feit gebonden als daartegen geen grief is gericht.⁷⁷ Voorts kan het gebeuren dat appellant een (mogelijk onjuiste) rechtsgrond of –opvatting van de eerste rechter niet aanvalt. Daar moet de appelrechter dan ook op voortborduren.⁷⁸ Dit houdt verband met de enge werking van het grievenstelsel.

4.3.2.1(c) *De grieven en de twee-conclusie-regel*

Een grief is iedere grond die appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd.⁷⁹ Al hoeft een grief niet als zodanig te worden benoemd, zij moet voor de appelrechter en de wederpartij(en) wel voldoende kenbaar naar voren zijn gebracht.⁸⁰

Een grief, een verandering of vermeerdering van eis en een wijziging van de grondslag van de eis dienen in beginsel te worden aangevoerd bij memorie van grieven of bij beroepschrift.⁸¹ Een te laat aangevoerde grief wordt in beginsel buiten beschouwing gelaten. Hetzelfde geldt voor een te laat aangevoerde verandering of vermeerdering van de eis dan wel een te laat aangevoerde wijziging van de grondslag van de eis. Zij vormen alleen nog onderdeel van de rechtsstrijd, indien (i) de wederpartij daarin ondubbelzinnig toestemt,⁸² (ii) de aard van het geschil dit meebrengt,⁸³ of (iii) daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en aldus wordt voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist of dat – indien dan nog mogelijk – een nieuwe procedure moet worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige

⁷⁷ Zie ook HR 17 januari 2014, *NJ* 2014, 223, m.nt. Perrick (*S/T*), waarover onder meer Lock 2015, p. 26.

⁷⁸ Ras/Hammerstein, p. 36. Zie in dit verband ook HR 27 maart 2015, *JBPr* 2015, 33, m.nt. Lewin, waar de Hoge Raad volgens de annotator met een ruimhartige uitleg van de grieven een beetje smokkelt om degene die het materiële recht aan haar zijde heeft te kunnen laten winnen.

⁷⁹ HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Maeijer & Snijders (*Willemsen/NOM*). Zie ook de noot van Lewin onder HR 27 juni 2014, *JBPr* 2014, 39, m.nt. Lewin.

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld HR 5 december 2003, *JBPr* 2004, 18, m.nt. Janssen (*Clickly/Vongolo*) en HR 6 februari 2009, *RvdW* 2009, 275.

⁸¹ Zie onder meer HR 19 juni 2009, *NJ* 2010, 154 m.nt. Snijders (*Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.*) en HR 14 juni 2013, *LJN*: BZ4163 (*Auping/Beverslaap*).

⁸² Dat is vaste rechtspraak sinds HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 298.

⁸³ Dat is bijvoorbeeld het geval bij alimentatieprocedures en bij procedures ter vaststelling van een omgangsregeling. Vergelijk in dat verband HR 26 april 1991, *NJ* 1992, 407, m.nt. Vranken respectievelijk HR 28 september 2012, *JBPr* 2013, 4, m.nt. Linssen.

gegevens te kunnen doen beslissen.⁸⁴ Onverkort blijft evenwel gelden dat toelating van de nieuwe grief, eisverandering of –vermeerdering dan wel een wijziging van de grondslag van de eis niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde. Voor een verandering of vermeerdering van de eis en een wijziging van de grondslag van de eis geldt bovendien dat zij niet bij pleidooi kunnen worden gedaan. Zij moeten conform artikel 130 lid 1 Rv namelijk worden gedaan bij conclusie of akte ter rolle.⁸⁵ Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* voor eventuele nieuwe verweren. Zij zijn doorgaans geoorloofd, maar moeten in beginsel tevens in het eerste processtuk in hoger beroep worden opgenomen.⁸⁶ Wanneer een uitzondering wordt gemaakt op de “in beginsel strakke regel” of de “twee-conclusie-regel” moet de wederpartij vervolgens voldoende gelegenheid worden geboden om haar verweer aan te vullen, en voor zover nodig, ook overigens haar standpunten te herzien.⁸⁷

4.3.2.1(d) *De positieve zijde van de devolutieve werking*

Als het vonnis uit eerste aanleg voor geïntimeerde geen ongunstig dictum behelst, hoeft hij geen actie te ondernemen om zijn stellingen uit eerste aanleg binnen het door de grieven ontsloten gebied aan het oordeel van de appelrechter te onderwerpen.⁸⁸ De appelrechter moet namelijk acht slaan op die stellingen, anders kan hij de juistheid van de grief niet beoordelen. Dit volgt uit de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel. Daarmee hangt ook samen dat het hof na het slagen van een grief ambtshalve alle niet behandelde of verworpen stellingen van geïntimeerde uit eerste aanleg moet behandelen die door gegrondbevinding van een grief relevant zijn geworden voor de bepaling van het uiteindelijke dictum in appel.⁸⁹ Geïntimeerde hoeft dus niet zelfstandig te appelleren tegen voor hem nadelige overwegingen die niet in het dictum

⁸⁴ Dat is zo expliciet verwoord in *Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.* (zie noot 81).

⁸⁵ Dat kan worden afgeleid uit *Auping/Beverlaap* (zie noot 81).

⁸⁶ Zie onder meer HR 8 februari 2013, LJN: BY6699 (*LTO Noord Verzerkeringen*) en HR 8 mei 2015, ECLI:HR:2015:1224 (*B./F.*). Uit laatstgenoemd arrest volgt dat als een geïntimeerde voor het eerst een verweer voert nadat de grenzen van de rechtsstrijd in de memories van grieven en van antwoord in beginsel zijn afgebakend en het hof op basis daarvan een bindende eindbeslissing omtrent een geschilpunt heeft gegeven, terwijl geïntimeerde dat verweer eerder had kunnen en moeten voeren en het mede ertoe strekt dat het hof terugkomt van die eindbeslissing, hij in strijd handelt met de eisen van een goede procesorde en met het daarin besloten liggende beginsel van concentratie van het processuele debat, tot uitdrukking komend in de tweeconclusieregel. Dit geldt ook als dat nieuwe verweer niet kan worden aangemerkt als een nieuwe grief.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld HR 7 december 2001, NJ 2003, 76, m.nt. Asser.

⁸⁸ Asser hoger beroep/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2012, 101.

⁸⁹ HR 12 december 2012, JBP 2013, 24, m.nt. Den Hoed (*Terra Nova/Shim Fu*).

tot uitdrukking komen om de appelrechter in staat te stellen (maar tevens: te verplichten) om de geschilpunten uit de eerste aanleg die vallen binnen de rechtsstrijd opnieuw te beoordelen.⁹⁰ Tot slot werkt de positieve zijde van de devolutieve werking ook ten gunste van appellant. Alle stellingen van appellant uit eerste aanleg tegen de gedevalueerde stellingen van geïntimeerde worden namelijk meegetrokken naar het hoger beroep.⁹¹

Een voorbeeld ter verduidelijking. A heeft in eerste aanleg schadevergoeding gevorderd op grond van wanprestatie. B heeft verweer gevoerd. De rechtbank overweegt vervolgens dat B wel tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, maar dat er sprake is van overmacht. Derhalve wijst hij A's vorderingen af en wordt B in het dictum in het gelijk gesteld. A gaat vervolgens in appel. Hij stelt daar dat er helemaal geen sprake is van overmacht. Dan moet het hof, naast alle eventuele nieuwe verweren in appel, ook alle overmachtsverweren van B uit eerste aanleg in zijn oordeel betrekken. Verder is het hof verplicht om alle verworpen of onbehandelde verweren van B uit eerste aanleg te behandelen die deze had aangevoerd tegen de stelling dat hij tekort zou zijn geschoten wanneer de grief zou slagen. Daarbij moet het hof eveneens acht slaan op alle argumenten daartegen van A. Ongeacht of A die in appel of in eerste aanleg heeft gebezigd. Het kan vervolgens gebeuren dat het hof, anders dan de rechtbank, uiteindelijk oordeelt dat er helemaal geen sprake was van een tekortkoming aan de zijde van B.

Aan het einde van deze paragraaf moet nog worden opgemerkt dat de appelrechter de verweren van geïntimeerde uit eerste aanleg, die door gegrondbevinding van een grief relevant worden, bij voorrang mag behandelen voordat het, voor zover nodig, over de grieven beslist.⁹² Indien de grieven daarna niet meer tot vernietiging van de bestreden uitspraak kunnen leiden, mag het hof de behandeling daarvan ook achterwege laten.

4.3.2.1(e) *Incidenteel appel*

Verlangt geïntimeerde een ander dictum of wenst hij op te komen tegen overwegingen die tot een ongunstig dictum hebben geleid, dan moet hij

⁹⁰ A-G Huydecoper in overweging 15 van zijn conclusie voor voorgaand arrest.

⁹¹ Asser hoger beroep/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2012, 137.

⁹² Zie bijvoorbeeld HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (*Assoud/Sporttotalisator*) en *Terra Nova/Shinn Fu* (zie noot 89).

incidenteel appel instellen.⁹³ In dat geval wordt hij tevens incidenteel appellant. Hij moet vervolgens net als appellant in principaal appel grieven aanvoeren tegen de bestreden beslissing(en).⁹⁴

Op grond van artikel 339 lid 3 Rv en artikel 358 lid 5 Rv moet geïntimeerde zijn incidenteel appel instellen bij memorie van antwoord respectievelijk het verweerschrift. In het licht van *Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.*⁹⁵ en een arrest van 28 september 2012⁹⁶ mag evenwel worden aangenomen dat geïntimeerde, als één van de uitzonderingen op de “in beginsel strakke regel” zich voordoet, ook nadien nog incidenteel appel kan instellen en daarna voor het eerst een incidentele grief kan formuleren.⁹⁷ Vanzelfsprekend moet de wederpartij vervolgens wel de gelegenheid worden geboden om daarop te reageren.⁹⁸

4.3.2.1(f) *Artikel 25 Rv binnen de rechtsstrijd*

Binnen de grenzen van de rechtsstrijd van het hoger beroep moet de appelrechter de zaak volledig opnieuw behandelen en beslissen. Daarbij heeft hij te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing.⁹⁹

Binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet de appelrechter ook de rechtsgronden ambtshalve aanvullen.¹⁰⁰ Dat volgt voor hem net als voor de rechtbanken uit artikel 25 Rv. Hebben partijen binnen de grenzen van hun rechtsstrijd in appel de voor toepassing van een regel relevante fei-

⁹³ Stelt geïntimeerde geen incidenteel appel in, dan staan het voor hem nadelige dictum en de daaraan ten grondslag liggende eindbeslissingen vast. Dat gedeelte van het vonnis heeft derhalve gezag van gewijsde. Zie HR 30 maart 2012, NJ 2012, 583, m.nt. Krans (*Fafianie/KSN*). Dat kan verstrekkende gevolgen hebben voor de verdere procesvoering in appel. Zeker als dezelfde betwiste rechtsverhouding ten grondslag ligt aan vorderingen die deels werden toegewezen en deels werden afgewezen. Zie hierover bijvoorbeeld Asser hoger beroep/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2012, 133, Ynzonides & De Boer, p. 2429-2430 alsmede Lock 2013, p. 32 en HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:759.

⁹⁴ Het incidentele beroep neemt processueel in beginsel een zelfstandige positie in ten opzichte van het principale beroep. Dat volgt uit HR 18 februari 1994, NJ 1994/606, m.nt. Ras (*Zoontjes/Kijlstra*).

⁹⁵ Zie noot 81, r.o. 2.4.5 en 2.5.

⁹⁶ Zie noot 83, r.o. 3.3.

⁹⁷ Zie ook Snijders in punt 4 van zijn noot onder *Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.* (zie noot 81) en Linssen in punt 5 van zijn noot onder HR 28 september 2012 (zie noot 83).

⁹⁸ Zie ten aanzien van de proceskostenveroordeling in incidenteel appel HR 11 mei 2012, JBP 2012, 44, m.nt. Lewin (*Boekel/Parkeergarage Herengracht*).

⁹⁹ HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638 (*Dexia/Van Steenhoven*).

¹⁰⁰ Formulering ontleend aan HR 20 maart 1992, NJ 1992, 725, m.nt. Stein (*Driessen/Universiteit Nijmegen*).

ten en omstandigheden aan hun vordering of verweer ten grondslag gelegd, dan zijn de hoven op grond van artikel 25 Rv verplicht de relevante rechtsregels ambtshalve toe te passen.¹⁰¹ Ook indien geen van de partijen daarop een beroep heeft gedaan. Ongeacht of het regels van openbare orde zijn of niet. En ongeacht of het regels van dwingend recht zijn of niet.¹⁰² De appelrechter mag zijn beslissing – net als de rechter in eerste aanleg – derhalve baseren op een andere rechtsgrond dan partijen hadden aangevoerd.

Net als de rechter in eerste aanleg mag de appelrechter de rechtsgronden desondanks niet aanvullen, indien: (a) appellant zijn vordering uitsluitend beoordeeld wenste te zien op een bepaalde grondslag of wanneer partijen hun rechtsverhouding op een bepaalde en bindende wijze hebben gekwalificeerd, (b) het petitum zich tegen aanvulling van rechtsgronden verzet of (c) de partij ten gunste van wie de rechtsgrond zou worden aangevuld een beroep op die regel had moeten doen.¹⁰³

4.3.2.1(g) *Geen aanvulling buiten grieven, behoudens openbare orde*

Uit het voorgaande bleek reeds dat (incidenteel) appellant de grenzen van de rechtsstrijd van het hoger beroep op twee wijzen bepaalt. Zo kan hij enerzijds nalaten bepaalde beslissingen van de rechtbank te bestrijden. Anderzijds kan hij wel opkomen tegen zo'n beslissing, maar het debat door zijn grieven beperken.

Behalve om de bestreden uitspraak te bekrachtigen,¹⁰⁴ mag de appelrechter buiten de door de devolutieve werking omliggende rechtsstrijd geen rechtsgronden aanvullen, tenzij ze van openbare orde zijn.¹⁰⁵ Regels van openbare orde moet hij namelijk wel aanvullen buiten het door de grieven ontsloten gebied,¹⁰⁶ met dien verstande dat de appelrechter niet tot onderzoek en vernietiging gehouden is als tegen de toe- of afwijzing van de betreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen. De beslissing over die vordering is dan namelijk buiten de omvang van het appel

¹⁰¹ Zie HR 22 januari 2010, *JBP* 2010, 40.

¹⁰² Snijders/Wendels, p. 215.

¹⁰³ Regels van aanvullend recht die terzijde zijn gesteld, zijn niet relevant meer voor de boordeling van het geschil en mogen derhalve evenmin worden toegepast. Zie ook voetnoot 15.

¹⁰⁴ Ras/Hammerstein, p. 35 en p. 72.

¹⁰⁵ Zie Snijders/Wendels, p. 218, Ras/Hammerstein, p. 17 en p. 43 alsmede Stein/Rueb, p. 251-252.

¹⁰⁶ Dat is staande jurisprudentie sinds HR 17 december 1925, *NJ* 1926, 193 en HR 15 juni 1934, *NJ* 1934, 1397, m.nt. Scholten.

en buiten de rechtsstrijd van partijen geplaatst.¹⁰⁷ Met andere woorden: toetsing aan bepalingen van openbare orde is binnen het nationale procesrecht niet beperkt tot het door de grieven ontsloten gebied, maar kan alleen binnen de omvang van het hoger beroep.¹⁰⁸

4.3.2.1(h) Vernietiging buiten de rechtsstrijd van partijen?

Beslissingen van de rechter uit eerste aanleg die niet binnen de rechtsstrijd van het appel zijn gebracht blijven derhalve in stand. Ook wanneer zij in strijd moeten worden geacht met de openbare orde. Dat kan tot situaties leiden die voor de buitenwereld niet helemaal te begrijpen zullen zijn. Stel bijvoorbeeld dat de omvang van het hoger beroep beperkt blijft tot een aantal voor appellant nadelige beslissingen. Stel voorts dat één of meer van de toegewezen vorderingen in strijd is met de openbare orde. Dan zullen de handen van de appelrechter jeuken om ook het niet betreden gedeelte van het vonnis uit eerste aanleg te vernietigen. Maar dat mag kennelijk niet, omdat er niet incidenteel is geappelleerd tegen de ten gunste van appellant toegewezen vorderingen en appellant niet slechter mag worden van zijn eigen appel. Zo blijven de niet bestreden gedeelten van de uitspraak uit eerste aanleg dus in stand. Derhalve wordt een gedeelte van een uitspraak in stand gelaten dat in strijd is met de openbare orde.

Gezien de aard en de functie van regels van openbare orde zou evenwel de vraag kunnen worden opgeworpen of niet de zienswijze zou kunnen worden gehuldigd dat de hoven ook het niet bestreden gedeelte van een uitspraak uit eerste aanleg dat in strijd is met de openbare orde moeten kunnen vernietigen,¹⁰⁹ waardoor het verbod van *reformatio in peius* in zulke gevallen moet worden doorbroken.¹¹⁰ Zou men die zienswijze ook daadwerkelijk willen volgen, dan hebben partijen niet langer de vrijheid om zelf te bepalen of zij een gedeelte van een uitspraak die in strijd is met de openbare orde in stand wensen te laten of niet wanneer zij in hoger beroep komen, zodat een partij die in appel gaat maar heeft te accepteren dat de appelrechter bij strijd met de openbare orde alsnog gaat tornen aan de gedeelten van de uitspraak uit eerste aanleg die te haren gunste waren geweest.¹¹¹

¹⁰⁷ HR 13 september 2013, *JBPr* 2014, 2, m.nt. Hovens (*Heesakkers/Voets*).

¹⁰⁸ In gelijke zin Lock 2014, p. 48.

¹⁰⁹ Mogelijk in gelijke zin Snijders/Wendels, p. 221-222.

¹¹⁰ Bijvoorbeeld reeds Rutten 1945, p. 149-151.

¹¹¹ Niet per se negatief in dit verband lijkt bijvoorbeeld Wissink. Ik verwijs naar punt 3.34.1 e.v. van zijn conclusie voor *Heesakkers/Voets* (zie noot 107).

4.3.2.2 *De processuele behandeling van het conflictenrecht*

Nadat ik hiervoor kort de werking van het appelprocesrecht heb besproken, zet ik hierna de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel uiteen. In dat verband stelt de minister in de memorie van toelichting bij artikel 10:2 BW dat het grievenstelsel in hoger beroep meebrengt dat de appelrechter slechts tot ambtshalve toepassing van rechtsregels mag komen binnen het door de grieven ontsloten gebied.¹¹² Hierna toets ik de houdbaarheid van deze stelling.

4.3.2.2(a) *De rechtbank nam conflictenrechtelijk standpunt in*

Wanneer dient te worden geoordeeld dat de rechtbank een impliciet of expliciet kenbare beslissing heeft gegeven over het toepasselijke recht, kunnen voor het principaal appel, indien er geen conflictregels van openbare orde in het geding zijn,¹¹³ de volgende vijf standaardscenario's worden onderscheiden:

1. grief tegen conflictregel
2. grief tegen rechtsaanwijzing
3. geen grief doch verweer in appel
4. geen grief geen verweer in appel (afwijkend standpunt geïntimeerde in eerste aanleg)
5. geen grief geen afwijkend standpunt

Deze vijf scenario's worden in de paragrafen hierna besproken.

4.3.2.2(a)(1) *Grief tegen conflictregel*

In het eerste scenario grieft appellant tegen de verwijzingsregel die de eerste rechter heeft toegepast: dat moest een andere zijn. Dan wordt de vraag naar de toepasselijke conflictregel en het toepasselijke recht ontsloten door de grieven. Daarover kan geen discussie bestaan. Bij de beoordeling van de grief moet het hof ook acht slaan op de relevante stellingen van geïntimeerde uit eerste aanleg en diens nieuwe stellingen in appel.

4.3.2.2(a)(2) *Grief tegen rechtsaanwijzing*

In het tweede scenario grieft appellant niet tegen de toepassing van de conflictregel maar alleen tegen de rechtsaanwijzing en dus alleen tegen de wijze waarop de conflictregel is toegepast. In dat geval moet de appelrechter – gezien de enge werking van het grievenstelsel – bij de beoorde-

¹¹² Kamerstukken 32 137, nr. 3, p. 8.

¹¹³ Zie hieromtrent paragraaf 4.3.2.2(e).

ling van de grief uitgaan van de gehanteerde conflictregel. De appelrechter mag daardoor in eerste instantie alleen nog onderzoeken of op basis van die conflictregel het juiste recht is toegepast, tenzij geïntimeerde de toepassing van een andere conflictregel heeft bepleit of de voorliggende kwestie niet ter vrije dispositie van partijen staat dan wel een conflictregel in het geding is die anderszins processueel van openbare orde is.

Een voorbeeld van dit scenario kan worden gevonden in *Universal/Balunan*.¹¹⁴ Balunan was op 14 februari 1991 krachtens een schriftelijke arbeidsovereenkomst als stewardess in dienst getreden bij Universal. Op een gegeven moment beëindigde laatstgenoemde de overeenkomst, omdat er geen werk meer voor haar zou zijn. Daarop vorderde Balunan betaling van achterstallig loon, vakantietoeslag en uitkering in geld van niet-genoten vakantiedagen met een beroep op Nederlands recht. Universal meende daarentegen dat Schots recht van toepassing was gezien de rechtskeuze voor dat recht in de arbeidsovereenkomst. De Kantonrechter oordeelde evenwel met een beroep op artikel 6 lid 1 EVO dat de rechtskeuze in de arbeidsovereenkomst er niet toe kon leiden dat Balunan de bescherming zou verliezen die zij zou hebben op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge het tweede lid van artikel 6 bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest en dat aldus Nederlands recht moest worden toegepast.¹¹⁵ In appel greefde Universal vervolgens alleen tegen het toegepaste recht, maar niet tegen de toepassing van artikel 6 EVO als zodanig. Daarop ging de rechtbank bij zijn onderzoek naar het toepasselijke recht uit van dat artikel. Daarover werd vervolgens geklaagd in cassatie. Het EVO kon volgens Universal namelijk niet van toepassing zijn, omdat de arbeidsovereenkomst eerder was gesloten dan het verdrag in werking was getreden. Dat stond in cassatie ook niet ter discussie. Desondanks overwoog de Hoge Raad:

“De klacht kan bij gebrek aan belang evenwel niet tot cassatie leiden. Nu Universal in hoger beroep tegen het desbetreffende oordeel van de Kantonrechter geen grief had gericht, was de rechtsstrijd in hoger beroep, naar de Rechtbank klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld, te dezer zake beperkt tot de vraag of, uitgaande van de niet betwiste gelding van art. 6 EVO, rechtsgeldig was gekozen voor toepasselijkheid van Schots recht, welke vraag door Universal bevestigend werd beantwoord op de grond dat — anders dan de Kantonrechter had geoordeeld — Balunan haar arbeid niet gewoonlijk in Neder-

¹¹⁴ HR 31 mei 2002, NJ 2003, 344, m.nt. De Boer (*Universal/Balunan*).

¹¹⁵ Met uitzondering van de vorderingen over de periode van 17 juni 1994 tot 17 juli 1995.

land verrichtte. De Rechtbank had dus niet de vrijheid in te gaan op, en anders te beslissen over, de vraag of het EVO van toepassing is, nu partijen deze vraag niet aan het oordeel van de Rechtbank hadden onderworpen en het geen onderwerp van openbare orde betrof.”¹¹⁶

De enge werking van het grievenstelsel brengt derhalve mee dat de appelrechter de door de rechtbank toegepaste conflictregel in beginsel dient aan te wenden, indien de toepasselijkheid van die regel in hoger beroep niet wordt bestreden.¹¹⁷ Het is zodoende mogelijk dat de appelrechter moet voortborduren op een conflictregel die eigenlijk niet van toepassing is, met als gevolg dat uiteindelijk niet het recht wordt toegepast dat op grond van ons conflictenrecht had behoren te worden aangewend. Aldus kan de rechtsverhouding worden beoordeeld aan de hand van een complex van rechtsregels dat niet zou zijn toegepast als de juiste conflictregel in acht was genomen. Partijen zouden derhalve rechten kunnen worden ontzegd of plichten kunnen worden opgelegd die zij naar het meest geëigende recht wel respectievelijk niet zouden hebben gehad. In het licht hiervan kan dan ook de stelling worden geponeerd dat met een ruimhartige uitleg van een grief tegen de rechtsaanwijzing, in die zin dat daarin ook een aanval op de toegepaste verwijzingsregel(s) mag worden gelezen, meer recht wordt gedaan aan de voorliggende kwestie. Het heeft er evenwel alle schijn van dat de Hoge Raad met *Universal/Balunan* de deur voor deze benadering heeft dichtgegooid.¹¹⁸ Partijen doen er derhalve verstandig aan om expliciet te grieven tegen de gehanteerde conflictregel als zij het daarmee oneens zijn.

4.3.2.2(a)(3) *Geen grief doch verweer in appel*

In het derde scenario richt appellant geen grief tegen de gehanteerde conflictregel of de rechtsaanwijzing, waardoor appellant de vraag naar het toepasselijke recht niet binnen de rechtsstrijd in appel brengt, maar voert geïntimeerde in appel als verweer dat een andere conflictregel of een ander recht moet worden toegepast.¹¹⁹ Dat verweer zal de appelrech-

¹¹⁶ R.o. 3.3.3.

¹¹⁷ Zie hierover nader Ras/Hammerstein, p. 36.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Vraag is evenwel of partijen in appel ook mogen terugkomen op hun stellingen uit eerste aanleg ten aanzien van het toepasselijke recht. Dat lijkt niet altijd het geval. Het gerechtshof te Amsterdam meende bijvoorbeeld van niet in zijn arrest van 7 maart 1996, *NIPR* 1997, 336 (*Delta Airlines/Reisen Passagebureau Select*). Volgens de rechtbank hadden partijen in deze zaak in eerste aanleg (stilzwijgend) gekozen voor Nederlands recht. Appellant stelde in hoger beroep evenwel dat er van een zodanige rechtskeuze geen sprake was geweest. Het

ter eerst moeten behandelen wanneer het voor de beoordeling van één van de grieven van belang is. Is dat niet het geval, dan komt dat verweer mogelijk later aan de orde.

Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel A was in eerste aanleg eiser. Hij stelde daar dat B toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van een overeenkomst. Volgens A werd die overeenkomst beheerst door Engels recht en A vorderde schadevergoeding plus wettelijke rente naar Nederlands recht als *lex monetae*, omdat de betaling in Euro's in Nederland diende te geschieden. B voerde wel inhoudelijk verweer, maar stelde het door A van toepassing geachte recht niet ter discussie. Stel nu eens dat de rechtbank meent dat er geen sprake is van een tekortkoming naar Engels recht. Aan de rentevordering komt de rechtbank dan niet toe. Daarop gaat A in appel, maar hij richt geen grief tegen het toegepaste recht. B kan als geïntimeerde vervolgens inhoudelijk verweer voeren tegen de grief en de vraag naar het op de overeenkomst toepasselijke recht in appel laten rusten. Dan moet het hof voor de beoordeling van de grief uitgaan van Engels recht. Ook kan B als (voorwaardelijk en subsidiair) verweer bijvoorbeeld aanvoeren dat voornoemde rentevordering niet wordt beheerst door Nederlands doch door Engels recht als het recht dat de vordering beheerst. Het hof zal in dat geval pas toekomen aan dat verweer als A's grief slaagt. B zou daarentegen bijvoorbeeld ook kunnen stellen dat het Engelse recht eigenlijk niet van toepassing was op de overeenkomst, omdat partijen een rechtskeuze hadden gemaakt voor Frans recht en A's vorderingen naar dat recht moeten worden beoor-

hof meende echter van wel en oordeelde dat appellant die rechtskeuze in appel niet alsnog mocht betwisten. Zie wat dat betreft ook het Gerechtshof te Amsterdam 18 maart 1999, *S&S* 2001, 40 (*Pauline Oliveira*), waarover meer in paragraaf 5.3. Voorgaande invalshoek is verdedigbaar als de keuze van partijen voor het uiteindelijk toegepaste recht bewust is gedaan terwijl zij de conflictenrechtelijke complicaties van hun geschil onderkenden en die keuze heeft geleid tot een (stilzwijgende) overeenstemming tussen partijen over het toepasselijke recht. Wanneer van het voorgaande evenwel geen sprake is, lijkt mij dat minder voor de hand liggend omdat partijen in appel in principe ook de grondslag van hun vordering mogen wijzigen en nieuwe verweren mogen aanvoeren. Vergelijk in dit verband ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 oktober 2013, *NIPR* 2013, 354 (*A. Trading*). In die zaak had geïntimeerde zijn standpunt in eerste aanleg net als appellant onderbouwd aan de hand van het Nederlandse recht, waarop appellant in hoger beroep de stelling verkondigde dat partijen (stilzwijgend) Nederlands recht waren overeengekomen. Geïntimeerde stelde daartegenover dat aan de toepassing van het Nederlandse recht geen rechtskeuze ten grondslag had gelegen en dat hij ten onrechte van de toepassing van dat recht was uitgegaan. Het hof volgde geïntimeerde daarin. Het oordeelde dan ook dat geïntimeerde aanvankelijk wellicht verkeerde in de (onjuist gebleken) veronderstelling dat Nederlands recht van toepassing was, maar dat zou volgens het hof *in casu* nog geen keuze voor dat recht hebben ingehouden, terwijl door appellant geen concrete feiten en omstandigheden waren gesteld waaruit het tegendeel kon worden afgeleid.

deeld. Dan moet het hof met behulp van het conflictenrecht eerst onderzoeken of het Engelse recht wel van toepassing is, alvorens het A's grief inhoudelijk kan afdoen.¹²⁰

4.3.2.2(a)(4) *Geen grief geen verweer in appel*

Dat brengt mij op het vierde scenario. Daarin grieft appellant expliciet noch impliciet tegen de toegepaste conflictregel of de rechtsaanwijzing en voert geïntimeerde in appel evenmin een conflictenrechtelijk verweer dat van belang is voor de beoordeling van de grieven. Dan is de vraag welk recht moet worden toegepast niet ontsloten in appel. Maar stel nu eens dat partijen in eerste aanleg de toepasselijkheid van een ander rechtsstelsel hadden bepleit dan de rechtbank heeft toegepast. Dan rijst de vraag wat het hof met die stellingen moet doen.

Uit de hiervoor in paragraaf 4.3.2.1 weergegeven regels van appelprocesrecht volgt dat het hof appellantes conflictenrechtelijke stellingen uit eerste aanleg bij de beoordeling van de grieven in ieder geval niet in zijn oordeel mag betrekken, aangezien appellant dat betoog niet heeft ontsloten met zijn grieven. Voor geïntimeerdes conflictenrechtelijke stellingen geldt – eveneens wanneer ervan uit mag worden gegaan dat die stellingen in appel niet zijn prijsgegeven¹²¹ – dat de appelrechter die stellingen niet in zijn oordeel hoeft te betrekken bij de beoordeling van de grieven, indien het conflictenrechtelijke betoog van geïntimeerde niet wordt ontsloten door de grieven. Oftewel, als dat betoog niet van belang is voor de eerste fase van het appel en de behandeling van de grieven. Het hof mag echter ook anders besluiten. Het kan de stellingen van geïntimeerde namelijk ook met voorrang behandelen.¹²²

Als voorbeeld waarin de conflictenrechtelijke stellingen van geïntimeerde uit eerste aanleg bij voorrang werden behandeld verwijs ik naar een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem inzake *Haisma/Grafschafter Volksbank*.¹²³ In deze zaak had Haisma in eerste aanleg bepleit dat artikel 1:88 BW van toepassing was. Grafschafter Volksbank meende van niet. Vol-

¹²⁰ Wanneer men daarentegen de opvatting zou huldigen dat de grief in zo'n geval eerst moet worden afgedaan naar het door de rechtbank toegepaste recht, moet het conflictenrecht alsnog worden toegepast na gegrondbevinding van de grief en kan het gebeuren dat dezelfde rechtsvra(a)g(en) uiteindelijk door twee verschillende rechtsstelsels moet(en) worden beantwoord. Dat is efficiënt noch nuttig. In de volgende paragraaf komt dit nog uitgebreider aan bod.

¹²¹ Later in deze paragraaf komt dit nog nader aan bod.

¹²² Zie paragraaf 4.3.2.1(d), laatste alinea.

¹²³ Hof Arnhem 12 juni 2012, JOR 2013, 122, m.nt. Bergervoet (*Haisma/Grafschafter Volksbank*).

gens haar werd de vraag of Haisma de toestemming nodig had van zijn echtgenote bij het aangaan van de borgtochtovereenkomst, en zo ja, wat de gevolgen waren van het ontbreken van die toestemming, beheerst door Duits recht. De rechtbank was evenwel van mening dat Nederlands recht en artikel 1:88 BW van toepassing waren, maar oordeelde dat de buitengerechterlijke vernietiging door de echtgenote van Haisma geen effect sorteerde. De uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW zou namelijk opgeld doen. Daarop ging Haisma in appel. Vanzelfsprekend vocht hij de toepasselijkheid van het Nederlandse recht (en dus artikel 1:88 BW) niet aan. Zijn grieven waren slechts gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW opgeld deed. Daartegen heeft Grafschafter Volksbank verweer gevoerd. Zij voerde in appel echter geen conflictenrechtelijk verweer, althans dat valt niet op te maken uit het arrest, zodat mag worden aangenomen dat de vraag naar het toepasselijk recht niet (expliciet) werd ontsloten door de grieven of enig verweer in appel. Desondanks onderzocht het hof bij voorrang of Grafschafter Volksbanks conflictenrechtelijke verweer uit eerste aanleg alsnog succes zou kunnen hebben. Zodoende bepaalde het hof dus eerst het toepasselijke recht voordat het overging tot een inhoudelijke behandeling van de grieven.

Verder sta ik hier kort stil bij een eerdere uitspraak van de Hoge Raad inzake *Van der Boon/RG Lease BV*.¹²⁴ In deze zaak had de rechtbank geoordeeld dat op grond van artikel 4 lid 3 EVO Belgisch recht van toepassing was en de vordering van der Boon afgewezen. Deze was het daarmee oneens en hij ging in appel. Daar klaagde hij dat de rechtbank op basis van de gehanteerde verwijzingsregel tot een verkeerde rechtsaanwijzing was gekomen. Volgens Van der Boon was namelijk Nederlands recht van toepassing. Maar hij stelde niet dat de rechtbank een verkeerde verwijzingsregel had toegepast. Dat was evenmin betoogd door RG Lease BV. Ook zij ging er in appel vanuit dat artikel 4 lid 3 EVO van toepassing was. Alleen leidde dat volgens haar naar Belgisch recht. Het hof controleerde daarentegen wel of de juiste verwijzingsregel was toegepast. Dat bleek niet het geval, waarna het hof vervolgens de correcte zakenrechtelijke conflictregel toepaste. Op basis daarvan kwam het hof – net als de rechtbank maar dan op een andere grondslag – tot de conclusie dat Belgisch recht toepassing verlangde. Dat bevredigde Van der Boon nog steeds niet en hij stapte naar de Hoge Raad. Daar betoogde hij dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden. De Hoge Raad dacht daar anders over:

¹²⁴ HR 3 september 1999, NJ 2001, 405, m.nt. De Boer (*Van der Boon/RG Lease BV*).

“Met zijn eerste appelgrief heeft Van der Boon zich gekeerd tegen het oordeel van de Rechtbank dat Belgisch recht van toepassing is op de vraag of de eigendom van de auto is overgedragen, en betoogd dat te dien aanzien Nederlands recht van toepassing is. Bij de beoordeling van deze grief, die het Hof voor de taak stelde te onderzoeken of de Rechtbank het Nederlandse internationaal privaatrecht juist had toegepast, is het Hof tot de slotsom gekomen dat de Rechtbank weliswaar van een onjuiste opvatting is uitgegaan met betrekking tot de toepasselijke regel van internationaal privaatrecht, maar dat de naar de zienswijze van het Hof toepasselijke regel tot hetzelfde resultaat leidde, zodat de bestreden beslissing van de Rechtbank moest worden bekrachtigd. Aldus heeft het Hof binnen de grenzen van het door de grief ontsloten gebied ambtshalve onderzocht welke rechtsregel behoort te worden toegepast, waar toe het ingevolge art. 48 Rv [thans artikel 25 Rv] was gehouden. Dat ook partijen van dezelfde onjuiste rechtsopvatting uitgingen als de Rechtbank doet hieraan niet af. Van schending van art. 48 Rv is derhalve geen sprake, terwijl het Hof evenmin in strijd met art. 176 Rv [thans artikel 24 Rv] feitelijke gronden heeft aangevuld. De stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat beide partijen de toepasselijkheid van de door het Hof gehanteerde regel van internationaal privaatrecht onder ogen hebben gezien en feiten hebben aangevoerd die van belang zijn voor de toepassing van die regel.”¹²⁵

Met zijn klacht miskende Van der Boon in de eerste plaats derhalve dat het oude artikel 48 Rv – thans artikel 25 Rv – aan bekrachtiging van de bestreden uitspraak door aanvulling van rechtsgronden niets in de weg legt.¹²⁶ Bovendien was Van der Boon er aan voorbij gegaan dat partijen zich in eerste aanleg hadden beroepen op de zakenrechtelijke verwijzingsregel, die uiteindelijk ook door het hof werd toegepast, waarbij partijen voor de toepassing van die verwijzingsregel eveneens een beroep hadden gedaan op de relevante feiten. Ofschoon het niet met zoveel woorden volgt uit het arrest, mag om die reden mijns inziens tevens worden verondersteld dat het hof bij de beoordeling van de grieven ook bij voorrang had mogen onderzoeken welke conflictregel van toepassing was.

Als geïntimeerde in eerste aanleg de toepassing van een ander recht heeft bepleit dan de rechtbank had toegepast, lijkt de behandeling bij voorrang

¹²⁵ R.o. 3.6.

¹²⁶ Zie ook punt 21 van de conclusie van A-G Strikwerda voor het arrest.

van die stellingen mij ook het meest aangewezen.¹²⁷ Anders wordt het conflictenrechtelijke debat bij gebreke van een conflictenrechtelijk verweer in appel namelijk geopend na het slagen van een grief. Voor dat geval brengt de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel immers mee dat het hof alle niet prijsgegeven verworpen of onbehandelde stellingen van geïntimeerde uit eerste aanleg in zijn verdere beoordeling (in de zogenaamde voorshands verborgen tweede fase) moet betrekken,¹²⁸ inclusief geïntimeerdes stellingen ten aanzien van het conflictenrecht en het toepasselijke recht, voor zover deze stellingen betrekking hebben op het processuele debat dat door het slagen van de grief wordt geopend en zij van invloed zouden kunnen zijn op het uiteindelijke dictum in appel. In dat geval moet het hof na het slagen van een grief dus onderzoeken of geïntimeerde in eerste aanleg de toepassing van een ander recht had bepleit. Moet dat worden geconcludeerd, dan dient het hof vervolgens te onderzoeken of geïntimeerde zijn stellingen in appel heeft prijsgegeven.¹²⁹ Dat mag evenwel niet te snel worden aangenomen.¹³⁰ Blijkt dat geïntimeerde zijn stellingen inderdaad niet heeft prijs gegeven, dan moet het hof daarna onderzoeken of de rechtsaanwijzing door de eerste rechter de toets der kritiek kan doorstaan. Hij moet de vraag naar het toepasselijk recht in dit geval zelfstandig beantwoorden met inachtneming van het geldende conflictenrecht. Dat kan ertoe leiden dat de appelrechter uiteindelijk een ander recht toepast dan de rechtbank of partijen hadden bepleit. Het behoeft evenmin hetzelfde recht te zijn als het recht dat is toegepast bij de beoordeling van de grieven.

Het volgende voorbeeld komt nu bij mij op. Stel A pretendeert een vordering op B uit hoofde van wanprestatie en de onderliggende overeenkomst bevat geen rechtskeuze. A stelde in eerste aanleg dat Nederlands

¹²⁷ Daarover meer hierna in paragraaf 4.3.2.3.

¹²⁸ Zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2012, *RvdW* 2012, 497 (*Krediet Specialist*).

¹²⁹ Zie hierover onder meer Mostermans 1996, p. 156-157, De Boer in punt 4 van zijn noot bij *Universal/Balunan* en *Snijders/Wendels*, p. 237.

¹³⁰ Er mag alleen worden aangenomen dat een stelling is prijsgegeven als zulks ondubbelzinnig is gebeurd, waarover onder meer *Snijders/Wendels*, p. 233 en Asser hoger beroep/Bakels, *Hammerstein & Wesseling-van Gent* 2012, 136. Dat betekent bijvoorbeeld dat een geïntimeerde niet geacht kan worden zijn stellingen uit eerste aanleg ten aanzien van het toepasselijke recht te hebben prijsgegeven als appellant de rechtsaanwijzing door de rechtbank accepteert, hij zijn grieven op dat recht baseert, geïntimeerde ingaat op die stellingen, maar niet stelt dat een ander recht van toepassing moet zijn. Geïntimeerde doet er evenwel verstandig aan om te benadrukken dat hij zijn conflictenrechtelijke stellingen uit eerste aanleg niet prijsgeeft om te voorkomen dat het hof oordeelt dat hij zijn stellingen uit eerste aanleg wel heeft prijsgegeven door zich zonder enig voorbehoud achter het oordeel van de rechtbank te scharen. Vergelijk wat dat betreft bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 24 april 1989, *NIPR* 1993, 120 (*Metaalbedrijf/Lommerts*).

recht van toepassing was. B stelde op zijn beurt dat Engels recht van toepassing was en betwist dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming. De rechtbank volgt A, acht Nederlands recht van toepassing, maar wijst A's vorderingen af omdat B niet toerekenbaar tekortgeschoten zou zijn. B wordt in het dictum dus in het gelijk gesteld. Daarop gaat A in appel en hij formuleert als grief dat er naar Nederlands recht wel sprake is van een toerekenbare tekortkoming. B voert inhoudelijk verweer, maar zwijgt voor wat betreft het toepasselijke recht en de grief slaagt: naar Nederlands recht is er inderdaad sprake van een toerekenbare tekortkoming. Dan moet het hof op dat moment alle niet prijsgegeven onbehandelde en verworpen stellingen van B in zijn oordeel betrekken. Dus ook die over de toepasselijkheid van het Engelse recht. Als het hof vervolgens oordeelt dat Engels recht de rechtsverhouding beheerst, dan kan de merkwaardige situatie ontstaan dat het hof alsnog het Engelse recht toepast bij de verdere beoordeling van het geschil, terwijl de grief naar Nederlands recht werd beoordeeld. Dan worden bij de beoordeling van de litigieuze rechtsverhouding dus twee rechtssystemen toegepast, hoewel als conflictenrechtelijk uitgangspunt geldt dat een rechtsverhouding (behoudens *dépeçage*) slechts wordt beheerst door één rechtstelsel.

Zo'n situatie deed zich bijvoorbeeld voor in *Arbeid/Sorg* uit 1994.¹³¹ In die zaak speelde het volgende. In opdracht van Arbeid stelde de Duitser Sorg horloges samen. Uiteindelijk weigerde Arbeid te betalen, omdat zij meende dat Sorg tekort was geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen. Daarop vorderde Sorg betaling. Hij meende dat Duits recht zijn vordering beheerste. Arbeid voerde verweer. Zij stelde onder meer dat Nederlands recht van toepassing was, Sorg wanprestatie had gepleegd en dat zij haar betalingsverplichtingen naar Nederlands recht mocht opschorten. Bij de beoordeling van Sorgs vordering ging de rechtbank vervolgens zonder nadere motivering uit van Nederlands recht, maar zij stelde Sorg in het gelijk. Arbeid mocht de betaling dus niet opschorten. Daarop is Arbeid in appel gegaan. Daarbij had zij geen grief gericht tegen de rechtsaanwijzing. Sorg had in appel evenmin aangevoerd dat Duits recht moest worden toegepast. Het hof ging bij de beoordeling van Arbeids grieven derhalve uit van Nederlands recht. Vervolgens oordeelde het hof dat de grieven terecht waren voorgesteld. Arbeid mocht zich naar Nederlands recht inderdaad beroepen op een opschortingsrecht. Naar Nederlands recht moest de vordering van Sorg dus worden afgewezen. Maar..... Sorg had in eerste aanleg de toepassing van Duits recht bepleit. Nu niet kon worden geoordeeld dat die stelling in appel was prijsgege-

¹³¹ Hof Amsterdam 17 februari 1994, *NIPR* 1994, 248 (*Arbeid/Sorg*).

ven, onderzocht het hof of het Duitse recht alsnog toepassing mocht verlangen.¹³² Dat bleek het geval.¹³³ Derhalve deed het hof de zaak verder af naar Duits recht en werden partijen in de gelegenheid gesteld om zich wat dat betreft nader uit te laten.¹³⁴

4.3.2.2(a)(5) *Geen grief geen afwijkend standpunt*

Dat brengt mij op het vijfde scenario. Appellant grieft niet tegen de toegepaste verwijzingsregel of de rechtsaanwijzing en geïntimeerde heeft in appel noch in eerste aanleg de toepassing van een ander recht bepleit. In deze situatie moet de appelrechter zich wegens de beperkende werking van de devolutieve werking van het appel in beginsel onthouden van een onderzoek naar de juistheid van de rechtsaanwijzing door de eerste rechter.¹³⁵ In dit verband zij bijvoorbeeld verwezen naar *Levi/Turkiye Seker Fabrikalari*.¹³⁶ In die zaak debatteerden partijen over de vraag of *Turkiye Seker Fabrikalari* uit hoofde van een vervoersovereenkomst verplicht was tot betaling van f 542.100. Partijen meenden daarbij dat Turks recht van toepassing was. De rechtbank volgde hen daarin. In appel hadden zij een klacht gericht tegen de (impliciet) gehanteerde conflictregel noch tegen de rechtsaanwijzing. Daarom ging het hof, zij het impliciet, eveneens uit van de toepasselijkheid van Turks recht. A-G Franx oordeelde daarover:

“Bij deze stand van zaken, waarin tegen voormelde r.o. 9 van het Rechtbankvonnis geen appelgrief was aangevoerd, was het Hof gebonden aan de in die r.o. vervatte beslissing omtrent het toepasselijke recht. Daarom moet m.i. worden aangenomen dat het Hof — zich aansluitend bij pp. en bij de Rb., zoals ook door HR 16 juni 1961, NJ 1963, 520, aangenomen — stilzwijgend van toepasselijkheid van Turks recht is uitgegaan.”¹³⁷

De Hoge Raad overwoog vervolgens in r.o. 3.1:

“De Rb. heeft in r.o. 9 van haar vonnis — overeenkomstig het ten processe door beide pp. dienaangaande ingenomen standpunt — geoordeeld dat de onderhavige vordering wordt beheerst door Turks recht. Gezien de omstandigheid dat in hoger

¹³² R.o. 4.11.

¹³³ R.o. 4.14.

¹³⁴ R.o. 4.15.

¹³⁵ Zie ook Mostermans 1996, p. 157.

¹³⁶ Vergelijk bijvoorbeeld HR 3 december 1982, NJ 1983, 354 (*Levi/Turkiye Seker Fabrikalari*).

¹³⁷ Punt 4 van zijn conclusie.

beroep door geen van beide pp. tegen dit oordeel is opgekomen, moet het ervoor worden gehouden dat het Hof — ofschoon zich niet uitdrukkelijk daaromtrent uitlatende — van de toepasselijkheid te dezen van Turks recht is uitgegaan. Het tweede onderdeel van middel II berust op de veronderstelling dat het Hof Nederlands recht heeft toegepast en mist dus feitelijke grondslag.”

Wanneer partijen de vraag naar het toepasselijke recht in appel derhalve niet ontsluiten en geïntimeerde in eerste aanleg bovendien uitging van de toepasselijkheid van hetzelfde recht als is toegepast door de rechtbank, dan moet de appelrechter in beginsel ook dat recht aanwenden.

4.3.2.2(b) *Conflictenrecht en incidenteel appel*

Bij voorgaande vijf situaties ging ik er vanuit dat geïntimeerde door de rechtbank in het dictum in het gelijk was gesteld. In dat geval hoeft hij de stellingen die hij in eerste instantie had verdedigd, maar die door de eerste rechter buiten behandeling zijn gelaten of verworpen, niet opnieuw door een incidenteel appel aan het oordeel van de appelrechter te onderwerpen.¹³⁸ Zo heeft geïntimeerde geen belang bij een incidentele grief tegen beslissingen van de rechtbank die niet tot een voor hem nadelig dictum hebben geleid. Is de geïntimeerde wel (voor een gedeelte van zijn vorderingen) in het ongelijk gesteld en wil hij hiertegen opkomen of wil hij zijn eis wijzigen, dan moet hij wel degelijk incidenteel appel instellen. Hetgeen ik hiervoor heb geschreven ten aanzien van het principaal appel geldt ook voor het incidenteel appel. Voornoemde vijf scenario's kunnen zich dan eveneens voordoen.

4.3.2.2(c) *Geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing*

Het kan ook gebeuren dat uit de uitspraak van de rechter uit eerste aanleg expliciet noch impliciet blijkt welk recht is gehanteerd. In dat geval mag er bij de uitleg van de uitspraak van de lagere rechter, die op het conflictenrechtelijke stuk te raden overlaat, van worden uitgegaan – zoals Jessurun d'Oliveira,¹³⁹ Lemaire¹⁴⁰ en Strikwerda¹⁴¹ onder verwijzing naar

¹³⁸ *Krediet Specialist*, r.o. 3.3.2 (zie noot 128).

¹³⁹ Jessurun d'Oliveira 1971, p. 65-74 alsmede Jessurun d'Oliveira in zijn noot onder *Levi/Turkiye Seker Fabrikalari* (zie noot 136), AA 1983, p. 387.

¹⁴⁰ Lemaire in punt 3 van zijn noot onder HR 12 maart 1971, NJ 1971, 300, m.nt Lemaire (*Kinac/Vojvodina-Coop*).

¹⁴¹ Strikwerda in punt 3.3 en punt 3.4 van zijn conclusie voor HR 17 maart 1989, NJ 1990, 427, m.nt. Schultsz (*Seaport/Transatlantic*), met een verwijzing naar eerdere jurisprudentie.

rechtspraak van de Hoge Raad stellen – dat het krachtens ons conflictenrecht aangewezen recht is toegepast. Vanuit die normatieve fictie bevat elke uitspraak dus een conflictenrechtelijke beslissing en moet (zelfs) worden aangenomen dat de rechter het juiste recht heeft toegepast.¹⁴² Gezien de aard en strekking van deze fictie ligt het voor de hand dat de appelrechter op haar moet voortbouwen. Ongeacht of partijen het conflictenrechtelijke debat in appel ontsluiten, brengt dat mee dat de appelrechter het door ons conflictenrecht aangewezen recht zal moeten aanwenden wanneer dat nodig is voor de beoordeling van de grieven of, na het slagen van een grief, noodzakelijk is bij de vaststelling van het uiteindelijke dictum in appel, maar daarmee is nog niet gewaarborgd dat de appelrechter ook daadwerkelijk het door ons conflictenrecht aangewezen recht toepast.¹⁴³ Dat kan evenwel worden bewerkstelligd door de appelrechter te verplichten om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen.¹⁴⁴

Men kan zich evenwel afvragen wanneer er in een uitspraak geen kenbare conflictenrechtelijke motivering besloten ligt. Ik kan mij eigenlijk maar één scenario voorstellen. Als de uitspraak geen expliciete conflictenrechtelijke keuze bevat voor het ene of het andere recht en uit de uitspraak evenmin op enigerlei wijze kan worden afgeleid welk recht is toegepast. Dit scenario zal zich naar alle waarschijnlijkheid niet al te vaak voordoen. Veelal zal namelijk wel te herleiden zijn welk recht is toegepast. Veelal zal er naar alle waarschijnlijkheid dus wel sprake zijn van een impliciet of expliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing.

Nochtans komen er in de praktijk gevallen voor waarin dat niet het geval is. Mostermans verwees in haar proefschrift in dit verband naar een alimentatiezaak uit de vorige eeuw.¹⁴⁵ In die zaak debatteerden een man en vrouw over de alimentatieverplichting van de man, waarbij in twee instanties was gezwegen over het toepasselijke recht. Vervolgens werd in cassatie geklaagd dat het hof de kwestie ten onrechte had beoordeeld naar Nederlands recht, althans in het midden was gebleven welk recht

¹⁴² Zie hieromtrent ook Boonk 2005, p. 22.

¹⁴³ Vergelijk ook Mostermans 1996, p. 152 e.v., die betoogt dat de rechtbank dan heeft nagelaten om te onderzoeken aan de hand van welke rechtsnormen de kwestie moet worden onderzocht, indien haar uitspraak geen kenbare conflictenrechtelijke kenbare beslissing bevat, zodat deze kwestie in appel als onbeslist nog open ligt, reden waarom de appelrechter ambtshalve het toepasselijke recht zou moeten bepalen als dat voor de afdoening van de grieven van belang is, waarbij Mostermans ter aangehaalde plaatse ook ingaat op de ambtshalve toepassing van het conflictenrecht voor het geval een grief slaagt.

¹⁴⁴ Kan uit de beslissing van de appelrechter niet worden afgeleid welk recht is toegepast, dan moet er in cassatie weer van worden uitgegaan dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht is toegepast.

¹⁴⁵ HR 29 januari 1982, NJ 1982, 306, m.nt. Schultsz.

was toegepast, terwijl Engels recht had moeten worden toegepast, omdat de relevante conflictregel naar dat recht verwees. A-G Remmelink vond dat het middel moest falen. Hij meende namelijk dat uit het zwijgen van partijen over het toepasselijke recht een stilzwijgende rechtskeuze voor het Nederlandse recht moest worden afgeleid zodat aangenomen moest worden dat het hof dat recht terecht had toegepast. De Hoge Raad oordeelde daarentegen:

“Het Hof heeft de vraag of de man gehouden is de vrouw met ingang van 1 okt. 1979 alimentatie te betalen, kennelijk beantwoord naar Nederlands recht. Nu de vrouw in Engeland woont en op de door de Engelse rechter tussen pp. uitgesproken echtscheiding klaarblijkelijk Engels recht is toegepast, moet de vraag of de man jegens de vrouw is gehouden tot een uitkering tot levensonderhoud — ook voor zover het betreft alimentatie gevorderd over de periode voor 1 maart 1981, de datum waarop voor Nederland het Verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen (Trb. 1974, 86) in werking is getreden — naar Nederlands internationaal privaatrecht evenwel worden beantwoord naar Engels recht.”

Daarop volgde vernietiging en verwijzing naar het gerechtshof te 's-Gravenhage. Helaas heeft de Hoge Raad niet gemotiveerd hoe hij tot zijn oordeel kwam, maar volgens Mostermans slaagden de middelen omdat het hof verplicht was geweest om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen nu de rechter in eerste aanleg had nagelaten een kenbare beslissing te nemen.¹⁴⁶

Zo kom ik op *De maatschap X/Overes*.¹⁴⁷ In deze procedure stond een beroepsfout van de maatschap centraal. Zij had van Overes opdracht gekregen om beroep in cassatie in te stellen, maar had dat verzuimd. Dat stond niet ter discussie tussen partijen. Partijen verschilden enkel nog van mening of die beroepsfout ook schade had veroorzaakt die voor vergoeding in aanmerking kwam. Daarover is vervolgens geprocedeerd. In dat verband moest worden beoordeeld of het cassatieberoep en een eventuele procedure na verwijzing succesvol zou zijn geweest. Daarbij kwamen ook vragen van internationaal privaatrecht aan de orde. Waar ging het om? Twee banken hadden een hypotheek op een schip. Ten behoeve van die banken had de reder eventuele vorderingen ter zake van verzekeringspenningen bij ongeval, brand of aanvaring aan hen gecedeerd.

¹⁴⁶ Mostermans 1996, p. 153.

¹⁴⁷ HR 23 februari 2001, *NJ* 2001, 431, m.nt. De Boer en Vranken (*De maatschap X/Overes*).

Toen het schip vervolgens zonk en de verzekeraar de schade dekte, maakten de banken aanspraak op de verzekeringspenningen. Overes – die intussen was aangesteld als curator van de inmiddels failliete reder – was het daarmee oneens. Volgens hem kwamen voornoemde penningen namelijk toe aan de boedel, omdat de cessie niet rechtsgeldig zou zijn geschied. Ter bevestiging van zijn standpunt entameerde Overes vervolgens een procedure bij de Rechtbank Groningen. Daar kreeg hij gelijk, waarbij de rechtbank kennelijk geen woord wijdde aan het toepasselijke recht. Niet geheel onverwacht gingen de banken in appel bij het gerechtshof te Leeuwarden. Er was geen conflictenrechtelijke grief geformuleerd tegen de uitspraak van de rechtbank en alle partijen bepleitten hun zaak naar ik begrijp aan de hand van het Nederlandse recht. Daarbij gingen zij er bovendien vanuit dat de rechtbank dit recht ook had toegepast. Vervolgens kwam in de loco-procedure de vraag voor te liggen of het gerechtshof te Leeuwarden het conflictenrecht in appel ambtshalve had moeten toepassen en de zaak ambtshalve naar Engels recht had moeten beoordelen, aangezien de vraag naar de rechtsgeldigheid van de cessie naar Nederlands ipr werd beheerst door Engels recht omdat de vordering van de reder op de verzekeraar werd beheerst door Engels recht. De Hoge Raad overwoog als volgt:

“Weliswaar moest het hof te Leeuwarden binnen het door de appelgrievens tegen het vonnis van de rechtbank ontsloten gebied ambtshalve oordelen over de vraag welk recht van toepassing was op het aan hem voorgelegde geschil over de rechtsgeldigheid van de cessie, doch dit hof is kennelijk in het voetspoor van partijen zonder meer uitgegaan van de toepasselijkheid van Nederlands recht. In de cassatiedagvaarding zoals deze door (een lid van) de maatschap was opgesteld, is tegen deze toepassing van het Nederlands recht geen klacht geformuleerd. Nu ook overigens door de maatschap niet is gesteld of door het Hof is aangenomen dat aannemelijk is dat een klacht bij wege van incidenteel beroep in cassatie aan de Hoge Raad zou zijn voorgelegd, moet in cassatie ervan worden uitgegaan dat zulks niet zou zijn gebeurd. De Hoge Raad zou, zonder een daarop gerichte klacht, niet de vrijheid hebben gehad ambtshalve te oordelen dat te dezer zake Engels recht toegepast had moeten worden.”¹⁴⁸

Gezien voorgaande overweging was de Hoge Raad van oordeel dat het gerechtshof te Leeuwarden het conflictenrecht ambtshalve had moeten

¹⁴⁸ R.o. 3.3.

toepassen. Helaas liet de Hoge Raad het hoe, wat, waar en waarom van zijn beslissing daarbij in het midden. Naar de precieze beweegredenen kan men derhalve slechts gissen, maar mogelijk heeft de Hoge Raad met zijn overweging willen aangeven dat een ambtshalve toepassing van het conflictenrecht door het hof in dit geval aangewezen was geweest nu in de beslissing van de rechtbank kennelijk geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing besloten lag. De Boer las laatstgenoemde opvatting in ieder geval in het arrest.¹⁴⁹ Tegelijkertijd was hij in zijn noot uiterst kritisch. Wat hem betreft moeten wij voorgaande passage maar beschouwen als een “*slip of the pen*”. Volgens De Boer bestaan er namelijk geen uitspraken waarin geen conflictenrechtelijke beslissing besloten ligt. In elke uitspraak zou volgens hem immers een impliciete toepasselijkheidverklaring voor een bepaald recht verscholen zitten. Dus ook als de rechter zonder ipr-overweging een rechtsbeslissing heeft gegeven. In zo’n beslissing kan volgens De Boer namelijk een impliciete toepasselijkheidverklaring voor de *lex fori* gelezen worden. Wat dat betreft sluit De Boer aan bij de opvatting van Kusters/Dubbink, dat de Nederlandse rechter het Nederlandse recht toepast tenzij het tegendeel wordt aangetoond.¹⁵⁰ Het is ook niet onredelijk om bij gebreke van een impliciete of expliciete aanwijzing, die noopt tot een andere conclusie, te veronderstellen dat de Nederlandse rechter het Nederlandse recht heeft toegepast,¹⁵¹ aangezien hij geschoold is in en ervaring heeft met dat recht en hij aan de hand daarvan dagelijks disputen beslecht.¹⁵² Aldus sluit de premisse dat de rechter de *lex fori* heeft toegepast als de uitspraak geen impliciet of expliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat waarschijnlijk meer aan bij de werkelijkheid dan de normatieve fictie dat de rechter het door ons aangewezen (vreemde) recht heeft toegepast. Met Kusters/Dubbink en De Boer zou ik dan ook willen verdedigen dat er bij de uitleg van een uitspraak, die op het conflictenrechtelijke vlak te raden overlaat, van moet worden uitgegaan dat het forale recht is toegepast. Vervolgens zal in appel op die premisse moeten worden voortgeborduurd, tenzij het conflictenrechtelijke vraagstuk in appel door partijen is ontsloten, geïntimeerde in eerste aanleg de toepasselijkheid van een ander recht heeft bepleit, de voorliggende kwestie niet ter vrije dispositie van partijen staat of een conflictregel in het geding is die anderszins processueel van openbare orde is. Vooralsnog moet evenwel worden geconcludeerd dat deze opvatting niet de heersende is.

¹⁴⁹ Zie de Boer in zijn noot onder voornoemd arrest.

¹⁵⁰ Kusters/Dubbink, p. 738. Zie ook Boonk 2005, p. 26.

¹⁵¹ Dat hoeft niet eens bewust, het kan ook onbewust.

¹⁵² Vergelijk HR 19 april 1929, NJ 1929, 1716, m.nt. Meijers (*Vereenigde Javasuiker-Producten*).

Dat brengt mij op een interregionale zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 12 juni 2015.¹⁵³ Partijen waren op 3 juni 2009 gehuwd in Rotterdam in algehele gemeenschap van goederen. De man vertrok ruim een jaar later metterwoon naar Curaçao, waarna het snel gedaan was met het huwelijk. Bij beschikking van 10 januari 2012 sprak het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao (GEA) namelijk de echtscheiding uit. Bij uitspraak van 20 maart 2012 werd de vordering van de vrouw tot verdeling van de gezamenlijke kosten en schulden evenwel afgewezen. De vrouw liet het er echter niet bij zitten en entameerde een nieuwe procedure bij het GEA ter verdeling van deze schulden. Zij liet daarbij in het midden welk recht van toepassing was. Nu werd de verdeling wel toegewezen, waarbij het GEA op zijn beurt eveneens in het midden liet welk recht het had toegepast. De man ging daarop in appel bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustasius en Saba. Uiteindelijk vernietigde dat hof het bestreden vonnis. De vordering van de vrouw werd aldus alsnog afgewezen. Daarbij had het hof naar ik begrijp niet onderzocht welk recht van toepassing was, althans bleek niet uit de uitspraak welk recht was toegepast. De vrouw liet het er weer niet bij zitten en ging in cassatie. Zij klaagde onder meer dat het hof ambtshalve aan de hand van het (ongeschreven) interregionaal privaatrecht had moeten bepalen door welk recht het huwelijksvermogensrecht werd beheerst. A-G Vlas maakte korte metten met het middel. Daarbij stelde hij voorop dat het interregionaal privaatrecht op dezelfde wijze moet worden behandeld als het conflictenrecht. Omdat regels van interregionaal privaatrecht net als conflictregels processueel niet van openbare orde zouden zijn, was het hof wat hem betreft niet gehouden om de vraag van interregionaal privaatrecht inzake het toepasselijke huwelijksvermogensrecht ambtshalve aan de orde te stellen.¹⁵⁴ Vraag is evenwel of die zienswijze wel juist is als elke rechtsverhouding moet worden getoetst aan een complex van rechtsregels en in appel, bij gebreke van een kenbare interregionaal privaatrechtelijke beslissing van de rechter in eerste aanleg, moet worden bewerkstelligd dat het door ons interregionaal privaatrecht aangewezen recht ook daadwerkelijk wordt toegepast. De Hoge Raad verwierp het beroep op zijn beurt evenwel op grond van artikel 81 lid 1 RO, hetgeen *in casu* overigens wel logisch was, indien, zoals Vlas stelt, mag worden aangenomen dat de vrouw geen belang had bij haar klacht nu alle mogelijke rechtsstelsels die voor toepassing in aanmerking kwamen tot dezelfde uitkomst leidden.¹⁵⁵

¹⁵³ HR 12 juni 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1525*.

¹⁵⁴ A-G Vlas in punt 2.8 van zijn conclusie voor het arrest.

¹⁵⁵ A-G Vlas in punt 2.7 van zijn conclusie voor het arrest. Zie hieromtrent ook paragraaf 5.3.

4.3.2.2(d) *De hoofdregels*

Gezien het hiervoor gereveleerde kunnen de volgende vijf hoofdregels worden gedestilleerd voor principaal en incidenteel appel:

1. Licht in de uitspraak van de rechtbank geen expliciet of impliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing besloten, dan moet de appelrechter het toepasselijke recht binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve bepalen.
2. Licht in de uitspraak van de rechtbank wel een kenbare conflictenrechtelijke beslissing besloten, dan mag de appelrechter de conflictenrechtelijke beslissingen van de rechtbank niet tegen het licht houden als daartegen geen grief is gericht, tenzij geïntimeerde in appel aanvoert dat een andere conflictregel en/of een ander recht moet worden toegepast en dat verweer van belang is voor de beoordeling van de grieven.
3. Heeft geïntimeerde in appel geen conflictenrechtelijke verweren aangevoerd, maar heeft hij in eerste aanleg wel de toepasselijkheid van een ander recht bepleit dan de rechtbank uiteindelijk heeft toegepast, dan mag het hof die stellingen ook bij voorrang behandelen voor zover zij door gegrondbevinding van een grief alsnog relevant zouden worden en geïntimeerde die stellingen in appel niet heeft prijs gegeven.
4. Heeft het hof de conflictenrechtelijke standpunten van geïntimeerde uit eerste aanleg niet bij voorrang behandeld en is het conflictenrechtelijke debat evenmin geopend door de grieven of een (nieuw) verweer in appel, dan wordt dat debat in beginsel weer geopend zodra een grief slaagt, mits de geïntimeerde zijn stellingen uit eerste aanleg niet heeft prijs gegeven.
5. Is het conflictenrechtelijke debat in appel niet geopend en heeft geïntimeerde in eerste aanleg evenmin de toepasselijkheid van een ander recht bepleit, dan moet de appelrechter zich onthouden van een conflictenrechtelijk onderzoek en het door de rechtbank toegepaste recht toepassen.

4.3.2.2(e) *De uitzondering: regels van openbare orde*

Zoals bij elke regel, bestaat er een uitzondering, die hiervoor reeds enkele

keren is aangestipt. De relevante conflictregel moet binnen de omvang van het hoger beroep, maar desnoods buiten het door de grieven ontsloten debat, te allen tijde worden toegepast als hij processueel van openbare orde is.¹⁵⁶ Daarvan is in ieder geval sprake in gedingen betreffende rechten en verplichtingen die bezien vanuit een materieelrechtelijk oogpunt op grond van de *lex fori* aan de partijdispositie zijn onttrokken.¹⁵⁷ Het gaat dan om kwesties ten aanzien waarvan de rechter het recht ambtshalve in volle omvang dient toe te passen. Dat zal vooral het geval zijn in geschillen die buiten het vermogensrecht liggen.¹⁵⁸ Wat dat betreft kan bijvoorbeeld worden gedacht aan familierechtelijke kwesties die de persoon betreffen.¹⁵⁹ Zulke kwesties staan doorgaans namelijk niet ter vrije beschikking van partijen en ten aanzien van zulke kwesties, waarin het recht derhalve ambtshalve in volle omvang dient te worden getoetst, moet de rechter ook het conflictenrecht onverkort en ongeacht de proceshouding van partijen toepassen.¹⁶⁰

Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of er ten aanzien van kwesties die naar de *lex fori* als zodanig wel ter vrije dispositie van partijen staan nog conflictregels zijn aan te wijzen die processueel van openbare orde zijn. Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden. Het is namelijk verdedigbaar dat conflictregels, die niet alleen het partijbelang dienen maar die ook andere belangen beogen te beschermen – waardoor die conflictregels niet slechts een neutrale en abstracte “*Ordnungsfunktion*” hebben – ambtshalve moeten worden toegepast. Anders zou het doel van zo’n regel in een gerechtelijke procedure namelijk vrij eenvoudig teniet kunnen worden gedaan. Hetzelfde geldt als een conflictregel wel primair het oog heeft op het partijbelang, maar dit belang gezien bepaalde maatschappelijke uitgangspunten van zo’n fundamenteel gewicht moet worden geacht dat waarborging van dat belang door de rechter is aangewezen.¹⁶¹

¹⁵⁶ In gelijke zin Snijders/Wendels, p. 232 e.v. Vergelijk evenwel Asser hoger beroep/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2012, 175, waar wordt gesteld dat conflictregels niet van openbare orde zijn. Zie in gelijke zin Vlas in zijn conclusie onder het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 12 juni 2015 (zie noot 153).

¹⁵⁷ Zie ook De Boer 1996-II, p. 350, waar hij stelt dat conflictregels processueel niet van openbare orde zijn ten aanzien van kwesties die naar de *lex fori* ter vrije dispositie van partijen staan. Oftewel, de vraag of een kwestie ter vrije dispositie van partijen staat moet worden beoordeeld aan de hand van de *lex fori*.

¹⁵⁸ Zie hieromtrent ook Strikwerda in punt 15 van zijn conclusie voor De Maatschap X/Overes (zie noot 147).

¹⁵⁹ Mostermans 1996, p. 95-96.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ Zie ook paragraaf 5.4.3.

Blijkt bij aanwending van een conflictregel die processueel van openbare orde is dat een complex van rechtsregels voor toepassing in aanmerking komt waarmee gedurende de procedure tot dan toe geen rekening is gehouden, dan moet de rechter partijen de gelegenheid geven om zich daarover uit te laten.¹⁶² Daarbij moet de rechter er net als in alle andere gevallen voor waken dat regels die op grond van het recht van het land van herkomst niet ter vrije dispositie van partijen staan ook daadwerkelijk worden toegepast.

4.3.2.3 *Een proeve van een alternatieve gedachte*

Uit het voorgaande volgt dat het conflictenrecht, althans de werking daarvan, ondergeschikt is gemaakt aan het appelprocesrecht. Laatstgenoemde beschouwt men kennelijk als leidend.¹⁶³ Een verklaring heb ik daarvoor niet kunnen vinden. Het heeft er eenvoudigweg alle schijn van dat men het conflictenrecht heeft willen inpassen in het appelprocesrecht.

Als gevolg van ons appelprocesrecht kan het voor gevallen waarin de uitspraak van de rechtbank een impliciet of expliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat nu aldus niet worden uitgesloten dat fouten van de rechtbank niet (kunnen) worden hersteld, aangezien de hoven het conflictenrecht – behoudens ten aanzien van kwesties die niet ter vrije dispositie van partijen staan of waarvoor anderszins conflictregels gelden die processueel van openbare orde zijn – slechts mogen toepassen als de conflictenrechtelijke beslissing van de rechtbank in appel wordt ontsloten of geïntimeerde in eerste aanleg de toepasselijkheid van een ander recht had bepleit en mag worden aangenomen dat hij die stelling(en) in appel niet heeft prijs gegeven. Gezien *Universal/Balunan*¹⁶⁴ heeft het er daarbij alle schijn van dat de hoven moeten voortborduren op de in eerste aanleg onjuist toegepaste conflictregel als alleen de rechtsaanwijzing wordt bestreden. Derhalve kan zich de situatie voordoen dat het meest geëigende recht (lees: het door ons conflictenrecht aangewezen recht) niet wordt toegepast, met alle gevolgen van dien.

Gezien het voorgaande rijst dan ook de vraag of het conflictenrecht in appel niet anders behoort te worden behandeld. Die vraag tracht ik hierna te beantwoorden. Daarbij neem ik de processuele behandeling van het conflictenrecht bij de rechtbanken tot uitgangspunt, aangezien dat uit-

¹⁶² Zie paragraaf 4.5 hierna.

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld het Rapport Staatscommissie IPR, p. 14.

¹⁶⁴ Zie noot 114.

gangspunt wettelijk is verankerd in artikel 10:2 BW.¹⁶⁵

Laat ik bij de beantwoording van voornoemde vraag voorop stellen dat ik er moeite mee heb dat het grievenstelsel invloed heeft op de werking van het conflictenrecht. Ook al wordt wel aangenomen dat hoger beroep niet louter en alleen een volledige herkansing betekent, appel is in wezen niet meer dan een tweede feitelijke instantie. In zoverre is de positie van de appelrechter niet wezenlijk anders dan die van de eerste rechter. Als men vervolgens meent dat het conflictenrecht bij de rechtbanken op grond van artikel 10:2 BW moet worden behandeld als dwingend recht van openbare orde en ambtshalve moet worden toegepast ter bepaling van het meest geëigende recht – omdat indachtig het Savigniaanse gedachtegoed en met inachtneming van het doel van het internationaal privaatrecht alleen dan daadwerkelijk recht kan worden gedaan – waarom dan bij de hoven niet?

Dat brengt mij op de volgende proeve van een alternatieve gedachte, waarbij het streven is om ten behoeve van een adequate beslechting van het geschil – net als voor procedures bij de rechtbanken – zoveel als mogelijk te bewerkstelligen dat het meest geëigende recht wordt toegepast. Dit streven kan worden gerealiseerd door het conflictenrecht buiten het grievenstelsel te plaatsen – en voor het conflictenrecht derhalve een uitzondering in ons appelprocesrecht te creëren – zodat er voor wat betreft het conflictenrecht telkens een volledige nieuwe (tweede) ronde komt. De hoven dienen binnen de omvang van het hoger beroep aldus te allen tijde het toepasselijke recht te bepalen.¹⁶⁶ Het doet er dan bijvoorbeeld niet meer toe of de eerdere uitspraak wel of geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat, of er wel of niet is gegriefd tegen de gehanteerde conflictregel dan wel het gehanteerde recht, of geïntimeerde in appel of in eerste aanleg de toepasselijkheid van een andere conflictregel of een ander recht heeft bepleit, of de conflictregel processueel van openbare orde is, etc. De problemen en discussies die daarmee samenhangen zijn dan

¹⁶⁵ Volledigheidshalve zij hierbij reeds opgemerkt dat het facultatieve conflictenrecht in paragraaf 5.4 aan bod komt.

¹⁶⁶ Aldus worden de vragen naar rechtsmacht en de vraag naar het toepasselijke recht in de feitelijke instanties ook meer gestroomlijnd. Regels van internationaal bevoegdheidsrecht zijn namelijk van openbare orde en de appelrechter is derhalve net als de rechter in eerste aanleg ambtshalve gehouden om zijn rechtsmacht te onderzoeken. Dat geldt voor de appelrechter ook indien geen der partijen zich over de rechtsmachtvraag heeft uitgelaten en tevens indien de vraag buiten de grenzen van het door de grieven ontsloten gebied van de rechtsstrijd in hoger beroep valt, ongeacht of de voorliggende bevoegdheidsvraag wordt bestreken door een verdrag, het communautaire recht of het commune recht, aldus HR 17 april 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1077 (NRSC/Kompas)*.

verleden tijd.

Voorgaand systeem heeft als nadeel dat het conflictenrecht in appel onnodig wordt toegepast als de rechtbank het wel goed heeft gedaan, maar dat vind ik niet bezwaarlijk. Het zal in de meeste zaken waarschijnlijk namelijk geen of weinig moeite kosten om het oordeel van de rechter uit eerste aanleg te verifiëren. Bovendien wordt de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel eenvoudiger. Ook dient de door mij voorgestane oplossing de rechtszekerheid en de rechtsbescherming. Verder wordt een bestaande anomalie weggepoetst. In het huidige systeem kan het immers voor komen dat de appelrechter de grieven in eerste instantie beoordeelt naar het recht dat de rechtbank heeft toegepast, terwijl na gegrondbevinding van een grief alsnog een ander recht moet worden toegepast omdat geïntimeerde in eerste aanleg de toepassing van een andere conflictregel en/of een ander recht had bepleit.¹⁶⁷ Zo kan het zijn dat een hof de zaak (en zelfs dezelfde rechtsvragen) uiteindelijk beoordeelt aan de hand van twee verschillende rechtsstelsels. Dat is efficiënt noch nuttig. Het debat kan veel beter direct worden gevoerd met inachtneming van het juiste en eigenlijk toepasselijke recht. Daarbij geldt bovendien dat de appelrechter het conflictenrecht in een voorkomend geval nu reeds uit eigen beweging dient toe te passen als de uitspraak van de rechtbank geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat, terwijl de appelrechter binnen de omvang van de rechtsstrijd telkens moet controleren of de voorliggende kwestie wel ter vrije dispositie van partijen staat, althans er geen conflictregel van openbare orde in het geding is.¹⁶⁸

4.3.3 *Bij de Hoge Raad*

Cassatie is geen volwaardige derde inhoudelijke instantie.¹⁶⁹ Zo staan in cassatie in beginsel alleen de merites van de bestreden uitspraak ter discussie, niet de merites van de zaak zelf.¹⁷⁰ De Hoge Raad heeft in dat verband twee functies. In de eerste plaats controleert hij (de kwaliteit van) de uitspraken van lagere instanties. De Hoge Raad vervult dan zijn rechtsbeschermingsfunctie.¹⁷¹ Daarnaast heeft de Hoge Raad tot functie om de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te bevorderen. Beide func-

¹⁶⁷ Vergelijk paragraaf 4.3.2.2(a)(4).

¹⁶⁸ Ik verwijs naar paragraaf 4.3.2.2(c) en paragraaf 4.3.2.2(e) hiervoor.

¹⁶⁹ Zie onder meer Polak 2012 over het internationaal privaatrecht voor het forum van de Hoge Raad.

¹⁷⁰ Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 203. Dat is anders wanneer de Hoge Raad de zaak na vernietiging uiteindelijk zelf afdoet. Dan spelen de merites van de zaak namelijk wel weer een rol.

¹⁷¹ Asser 2008, p. 201.

ties hangen nauw met elkaar samen en vallen niet van elkaar te scheiden.¹⁷² Is de conflictregel onjuist toegepast, dan kan dat leiden tot cassatie.¹⁷³

Op grond van artikel 79 lid 1 Wet RO mag de Hoge Raad handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen van lagere rechters vernietigen wegens:

- (a) verzuim van vormen voorzover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm;
- (b) wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten.

Artikel 80 Wet RO bevat de cassatiegronden ten aanzien van een vonnis of een beschikking van een kantonrechter in een burgerlijke zaak waartegen geen hoger beroep kan of kon worden ingesteld. Dan kan een partij beroep in cassatie instellen en kan de Hoge Raad die uitspraak vernietigen wegens:

- (a) het niet inhouden van de gronden waarop het vonnis of de beschikking berust;
- (b) het niet in het openbaar gedaan zijn van het vonnis of, voorzover rechtens vereist, de beschikking;
- (c) onbevoegdheid; of
- (d) overschrijding van rechtsmacht.¹⁷⁴

Bij zijn onderzoek of één van voornoemde gronden zich voordoet, is de Hoge Raad gebonden aan de middelen van cassatie.¹⁷⁵ Dat bepaalt artikel

¹⁷² Zie hierover beknopt Asser 2008, p. 201-202.

¹⁷³ Vlas 2015, p. 55.

¹⁷⁴ Zie hierover Asser 2011, p. 39-40.

¹⁷⁵ Het cassatiemiddel, dat moet zijn opgenomen in de cassatiedagvaarding of het cassatieverzoekschrift (artikel 407 lid 2 Rv), dient te vermelden tegen welke oordelen het is gericht en waarom door de bestreden oordelen het recht is geschonden of waarom deze oordelen niet genoegzaam zijn gemotiveerd. Een rechtsklacht dient met bepaaldheid en precisie in te houden welke beslissing of overweging in de bestreden uitspraak onjuist is en waarom door die beslissing of overweging het recht is geschonden. Een motiveringsklacht dient met bepaaldheid en precisie te vermelden welke beslissing of overweging onvoldoende gemotiveerd dan wel onbegrijpelijk is en waarom. Deze laatste eis houdt meer in het bijzonder in dat indien een cassatieklacht (mede) is gebaseerd op in de feitelijke instanties aangevoerde stellingen, het middel de vindplaats(en) moet vermelden van die stellingen in de stukken van het geding. Dit alles lijdt slechts dan uitzondering, indien het een rechtsklacht betreft en — zo nodig mede uit de gedingstukken — zonder meer duidelijk is waarin volgens de steller van het middel de onjuistheid van de bestreden rechtsopvatting

419 lid 1 Rv. Binnen die middelen – dus binnen de rechtsstrijd in cassatie – moet de Hoge Raad de rechtsgronden aanvullen.¹⁷⁶ Daarentegen is algemeen geaccepteerd dat de Hoge Raad niet mag casseren buiten de middelen om.¹⁷⁷ Er is dan ook geen ruimte voor cassatie op ambtshalve door de Hoge Raad bij te brengen gronden. Ook niet als recht van openbare orde in het geding is. Dat betekent dat de Hoge Raad niet mag casseren als de lagere instantie zijn oordeel heeft bereikt met schending van het recht van openbare orde, maar daarover in cassatie niet wordt geklaagd.¹⁷⁸ Dat lijkt ook te gelden als direct werkende regels van Unierecht of mensenrechten bij de zaak betrokken zijn.¹⁷⁹ Op het voorgaande bestaat overigens minimaal één uitzondering, te weten artikel 22 EEX-Vo., thans artikel 24 Brussel Ibis.¹⁸⁰ Speelt dat artikel en is op grond daarvan een andere rechter exclusief bevoegd, dan moet de Hoge Raad zich ambtshalve onbevoegd verklaren. Ook als er geen klachten tegen zijn bevoegdheid zijn gericht.¹⁸¹

Bij zijn onderzoek naar de juistheid van de bestreden beslissing dient de Hoge Raad uit hoofde van artikel 419 lid 2 Rv voor de feitelijke grondslag van de middelen uit te gaan van de feiten die uit de bestreden beslissing blijken en die kunnen worden gevonden in de stukken van het geding. Bij de beoordeling van de middelen beperkt het debat in cassatie zich aldus tot de inhoud van deze stukken. Op grond van lid 3 van artikel 419 Rv is de Hoge Raad daarbij gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld. Dat brengt mee dat bij de beoordeling van de middelen de juistheid van de vastgestelde feiten onaantastbaar is, tenzij bij die vaststelling een rechtsregel is geschonden of indien

is gelegen, dan wel indien de wederpartij op basis van de in het middel (en eventueel de daarop in de schriftelijke toelichting gegeven verduidelijking) vervatte rechts- en/of motiveringsklachten de rechtsstrijd in cassatie heeft aanvaard. Zie wat dit betreft HR 5 november 2010, *NJ* 2013, 124 en HR 8 februari 2013, *NJ* 2013, 125.

¹⁷⁶ Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 276.

¹⁷⁷ Zie Asser 2011, p. 82-84. De Hoge Raad mag daarentegen te allen tijde rechtsgronden aanvullen om het cassatieberoep te verwerpen. Zo kunnen klachten over de wijze van rechtstoepassing door een lagere instantie bijvoorbeeld niet tot vernietiging leiden wanneer het resultaat naar het oordeel van de Hoge Raad juist is, aldus Asser 2011, p. 85 alsmede Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 276.

¹⁷⁸ HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 202 (*Drijvende Bokken*), HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 392, m.nt. Snijders en HR 24 oktober 2003, *NJ* 2004, 396 (*Stichting Revabo/Amev*).

¹⁷⁹ Zie daarover Asser 2008, p. 220-223 alsmede Asser 2011, p. 86-88.

¹⁸⁰ Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

¹⁸¹ HvJEU 15 november 1983, *NJ* 1984, 695, m.nt. Wichers Hoeth & Schultsz (*Duijnstee/Goderbauer*), waarover ook Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 275.

die vaststelling onbegrijpelijk is.¹⁸² De Hoge Raad is evenwel niet gebonden aan voorgaande beperkingen zodra hij zelf als feitenrechter optreedt. Dat is het geval als (i) hij de zaak na vernietiging op grond van artikel 420 Rv zelf ten principale afdoet,¹⁸³ (ii) hij het belang van het middel of de klacht onder de loep neemt en (iii) hij zijn bevoegdheid of de ontvankelijkheid onderzoekt.¹⁸⁴

In cassatie kunnen vervolgens alleen stellingen van zuiver juridische aard, die bovendien onder alle omstandigheden opgaan, worden beschouwd als toelaatbare juridische nova.¹⁸⁵ Het gaat dan om stellingen waarop de Hoge Raad kan beslissen zonder enig nader onderzoek van feitelijke aard.¹⁸⁶ Van een zuiver juridische stelling in de hiervoor bedoelde zin is zodoende slechts sprake, indien de Hoge Raad zonder enig nader onderzoek van feitelijke aard kan beslissen over de gegrondheid ervan en ten minste is vereist dat de stelling berust op feiten en omstandigheden die in de vorige instanties zijn vastgesteld door de rechter of door de eiser tot cassatie zijn aangevoerd en buiten onderzoek zijn gebleven.¹⁸⁷ Eiser in cassatie zal in dit verband bovendien moeten betogen dat de lagere rechter verzuimd heeft om in zijn uitspraak op grond van artikel 25 Rv te zijnen gunste de rechtsgronden aan te vullen.¹⁸⁸ In cassatie kan evenwel alleen worden betoogd dat het hof in zijn uitspraak heeft miskend dat een ander recht had moeten worden toegepast, indien (i) de beslissing van de rechter in eerste aanleg gespeend was van een impliciet of expliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing en/of (ii) de voorliggende kwestie van openbare orde is, althans een conflictregel in het geding is die processueel van openbare orde is,¹⁸⁹ aangezien het hof alleen in de aldus voorkomende gevallen het conflictenrecht ambtshalve en los van het partijdebat had moeten toepassen, en (iii) wanneer het gerechts-

¹⁸² Daarbij zij opgemerkt dat wanneer de Hoge Raad de cassatiemiddelen onderzoekt feitelijke nova niet in beschouwing kunnen worden genomen.

¹⁸³ Dat zal de Hoge Raad indachtig artikel 421 Rv evenwel niet doen als er nog dient te worden beslist over feiten waaromtrent nog geen uitspraak is gedaan, tenzij het een punt van ondergeschikte aard betreft. Zie hieromtrent nader Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 300.

¹⁸⁴ Asser 2011, p. 38, met een verwijzing naar relevante jurisprudentie.

¹⁸⁵ Asser 2011, p. 99 alsmede Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 207.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 207.

¹⁸⁸ Tegenwoordig worden nieuwe stellingen meestal niet in de vorm van een klacht over schending van artikel 25 Rv ingekleed. Men volstaat veelal met aan te voeren dat in de bestreden beslissing is miskend dat "...". Zie aldus Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 203.

¹⁸⁹ Vergelijk in dat verband bijvoorbeeld A-G Van Oosten in zijn conclusie voor HR 10 april 1964, NJ 1964, 473 (Kelly/het Nederlandse Beheersinstituut).

hof al dan niet met toepassing van artikel 25 Rv ambtshalve een conflictenrechtelijke beslissing heeft gewezen en eiser in cassatie daartegen bezwaren heeft.¹⁹⁰

Behalve wanneer de Hoge Raad het conflictenrecht ambtshalve toepast om een klacht te verwerpen, komt de Hoge Raad alleen toe aan het conflictenrecht als partijen klagen over de onjuiste toepassing of het niet toepassen daarvan door een lagere rechter.¹⁹¹ Een voorbeeld van de gevolgen van deze leer kan worden gevonden in een arrest van 25 november 1977.¹⁹² In deze zaak vocht een vrouw met haar gewezen echtgenoot om een bijdrage in levensonderhoud voor hun kind. Partijen, rechtbank en hof gingen daarbij uit van Nederlands recht. In cassatie was daartegen geen klacht gericht. Derhalve beoordeelde de Hoge Raad de klachten naar Nederlands recht. Zij bleken ten onrechte voorgesteld. Daarbij overwoog de Hoge Raad:

“De HR merkt nog op dat het levensonderhoud waarop het wettige kind van de man jegens haar vader aanspraak kan maken, dient te worden beoordeeld naar het recht van de Bondsrepubliek Duitsland. Het staat immers ten processe vast, dat de minderjarige en haar moeder reeds jaren inwonen bij de grootmoeder van moederszijde te S. in de Bondsrepubliek Duitsland. Derhalve heeft het kind haar gewone verblijfplaats in de zin van art. 1 Haagse Verdrag nopens de wet welke op alimentatieverplichtingen jegens kinderen toepasselijk is, in de Bondsrepubliek Duitsland. Krachtens art. 1 van dit Verdrag is dus het recht van de Bondsrepubliek toepasselijk. De cassatiemiddelen bevatten echter niet de klacht, dat ten onrechte Nederlands recht is toegepast.”

Had de Hoge Raad wel een ander recht van toepassing verklaard, dan had hij de bestreden uitspraak kunnen vernietigen en vervolgens zelf kunnen afdoen of terugverwijzen. Dan had het debat vervolgens kunnen plaatsvinden op basis van het eigenlijk toepasselijke recht. Zo pleegt het evenwel niet te gaan. Dat is verklaarbaar gezien de strikte uitleg van artikel 419 lid 1 Rv. De Hoge Raad controleert in eerste instantie immers slechts de rechtspraak door lagere instanties op basis van de daartegen gerichte klachten.¹⁹³ Men zou daar met de Savigniaanse gedachte en het

¹⁹⁰ Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 208.

¹⁹¹ Zie ook Vonken 2013, art. 10:2 BW, aant. 1.

¹⁹² HR 25 november 1977, NJ 1978, 177, m.nt. Schultsz.

¹⁹³ Zie wat dat betreft bijvoorbeeld ook HR 28 januari 2005, NJ 2006, 517, m.nt. De Boer (Vergo/Grootscholten). In deze zaak had het hof geoordeeld dat het Weens Koopverdrag van

doel van het conflictenrecht in het achterhoofd tegenin kunnen brengen dat alleen recht wordt gedaan aan de verhouding tussen partijen als het meest geëigende recht wordt toegepast, welke presumptie ook ten grondslag ligt aan artikel 10:2 BW. Gezien de huidige positionering van de Hoge Raad gaat dat echter te ver. Wel moet de Hoge Raad het conflictenrecht ambtshalve toepassen als hij de zaak casseert – ongeacht op welke grond – en hij haar vervolgens zelf afdoet.

4.3.4 *Conclusie*

In dit gedeelte van het hoofdstuk heb ik aangetoond dat het conflictenrecht in alle drie de instanties verschillend wordt behandeld. Rechtbanken moeten het conflictenrecht gezien artikel 10:2 BW ambtshalve toepassen en desnoods buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Ofschoon appel een tweede feitelijke instantie betreft wordt het conflictenrecht daar – behoudens in gevallen waarin de rechtbank geen expliciet of impliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing heeft genomen, althans de voorliggende kwestie niet ter vrije dispositie van partijen staat of een conflictregel in het geding is die processueel van openbare orde is – in de eerste fase van het appel in beginsel slechts toegepast binnen het door partijen ontsloten debat. Slaagt een grief, dan kan de vraag naar het toepasselijke recht bij de verdere behandeling van het geschil mogelijk wel weer een rol spelen. Dat is evenwel afhankelijk van de (voorwaardelijke) verweren van geïntimeerde in appel en van diens stellingen uit eerste aanleg. Die laatste stellingen mag de appelrechter overigens ook bij voorrang behandelen. Hiervoor heb ik evenwel een lans gebroken om de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel te stroomlijnen met de behandeling daarvan bij de rechtbanken. Alsdan zouden de hoven in voorkomende gevallen telkens ambtshalve de vraag moeten beantwoorden welk recht van toepassing is op de voorliggende kwestie. Behalve wanneer de Hoge Raad het conflictenrecht ambtshalve toepast om een klacht te verwerpen, komt de Hoge Raad alleen toe aan het conflictenrecht wanneer te dien aanzien een middel (klacht) is geformuleerd of de Hoge Raad de zaak na vernietiging zelf afdoet. Zelfs als de kwestie niet ter vrije dispositie van partijen staat of een conflictregel van openbare orde in het geding is.

toepassing was. Nu daartegen in cassatie geen klacht was gericht, ging de Hoge Raad uit van de toepasselijkheid daarvan.

4.4 De processuele behandeling van vreemd recht

Tot 1915 werd vreemd recht als feit behandeld.¹⁹⁴ Belanghebbende partijen moesten het derhalve invoeren.¹⁹⁵ Dat veranderde door *Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*,¹⁹⁶ welk arrest ik reeds heb aangestipt in paragraaf 4.3.1.¹⁹⁷ Sindsdien is in Nederland algemeen geaccepteerd dat vreemd recht géén feit doch recht is.¹⁹⁸ Dat recht moet vervolgens worden toegepast als het wordt aangewezen door een geschreven of ongeschreven conflictregel. Dat is ook logisch als men tenminste geen afbreuk wil doen aan een ambtshalve conflictenrecht. Hartenstein heeft het wat dat betreft treffend verwoord:

“Denn der Richter, der ein von der Kollisionsnorm für anwendbar erklärtes Recht nicht anwendet, wendet im Ergebnis auch die Kollisionsnorm nicht an.”¹⁹⁹

Het vreemde recht wordt in Nederland bovendien begrepen te vallen onder de rechtsgronden die de lagere rechters ambtshalve moeten aanvullen.²⁰⁰ Dat uitgangspunt ligt sinds 1 januari 2012 verankerd in artikel 10:2 BW.²⁰¹ De interpretatie van het vreemde recht moet vervolgens geschieden naar de opvattingen en methoden die in het desbetreffende land worden gehanteerd.²⁰² De Nederlandse rechter zal dat recht derhalve op dezelfde wijze moeten toepassen als zijn buitenlandse ambtsgenoot.²⁰³

4.4.1 Bij de rechtbanken

Op grond van artikel 10:2 BW moeten de rechtbanken ambtshalve en derhalve zelfstandig de inhoud van het vreemde recht vaststellen en toepassen, indien dat recht wordt aangewezen door ons conflicten-

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld HR 21 april 1876, W 3989 en HR 28 januari 1910, W 8971.

¹⁹⁵ Zie ook Kosters/Dubbink, p. 733.

¹⁹⁶ Zie noot 50.

¹⁹⁷ In onder meer Cyprus, Ierland, Luxemburg, Malta, Spanje en het Verenigd Koninkrijk wordt vreemd recht daarentegen beschouwd als feit, aldus Esplugues 2011, p. 13-16. Zie ook hoofdstuk 5.4.2.

¹⁹⁸ Dit is bijvoorbeeld ook het geval in België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slovenië, Slowakije, Tsjechië en Zweden, aldus Esplugues 2011, p. 10.

¹⁹⁹ Hartenstein, p. 65.

²⁰⁰ Zie ook Mostermans 1996, p. 57 e.v., Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 9 alsmede Asser/Vonken 10-I, 334.

²⁰¹ Vlas 2015, p. 55.

²⁰² Evenzo Rapport Staatscommissie IPR, p. 19-20 en Vonken 2013, art. 10:2 BW, aant. 3(a).

²⁰³ Frohn 1999, p. 79.

recht.²⁰⁴ Hoe de rechter zulks doet, moet hij zelf weten.²⁰⁵ Partijen hoeven de inhoud van dat vreemde recht in Nederland in ieder geval niet te stellen noch in te roepen of te bewijzen.²⁰⁶ De rechter is dus zelf verantwoordelijk voor een juiste toepassing van het vreemde recht.²⁰⁷ Zodoende heeft vreemd recht in eerste aanleg formeel dezelfde status als Nederlands recht.²⁰⁸

4.4.2 *In appel*

Partijen behoeven de inhoud van het vreemde recht bij de hoven evenmin te stellen of te bewijzen.²⁰⁹ De appelrechter moet de inhoud van het buitenlandse recht namelijk ook ambtshalve vaststellen en toepassen.²¹⁰ In zoverre is het buitenlandse recht in appel formeel eveneens gelijk aan het Nederlandse recht.

4.4.3 *Cassatie*

Ingevolge artikel 79 lid 1 sub b Wet RO kan in cassatie alleen worden geklaagd over een onjuiste toepassing van het conflictenrecht, niet over de inhoud en uitleg van vreemd recht.²¹¹ Een verkeerde toepassing van vreemd recht²¹² kan in cassatie bij wijze van uitgangspunt derhalve niet

²⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 3 april 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:CA2578 (Nidera)*, waar de rechtbank stelde dat de Nederlandse rechter ambtshalve het door de regels van internationaal privaatrecht aangewezen recht dient toe te passen. Dat aangewezen vreemde recht is vervolgens “geen daadzaak die de Nederlandse rechter bij onvoldoende betwisting als bedoeld in artikel 149 Rv als vaststaand moet aanmerken”.

²⁰⁵ Frohn 1999, p. 76.

²⁰⁶ HR 9 november 1990, *NJ* 1992, 212 (*Orol Mildred*) en Mostermans 1996, p. 58.

²⁰⁷ Mostermans 2004, p. 41.

²⁰⁸ Vergelijk Pellis 2005, p. 195. Hij vindt het op zijn minst genomen voor discussie vatbaar of de Nederlandse rechter wel tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden gehouden zou moeten zijn ten aanzien van een door partijen gekozen recht. Als processuele keerzijde van de door hen uitgebrachte rechtskeuze zou er volgens hem namelijk wel wat voor te zeggen vallen om partijen te belasten met het stellen, en zo nodig, het aannemelijk maken van de inhoud van het vreemde recht. Vergelijk evenwel reeds Kusters/Dubbink, p. 734, waar gesteld wordt dat er geen reden is om het vreemde recht in dat geval anders te behandelen.

²⁰⁹ Aldus onder meer HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 483, m.nt. Vlas.

²¹⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:8418*.

²¹¹ Zie voor de achtergrond van deze regel ook Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 124 e.v.

²¹² Daarbij zij opgemerkt dat de toepassing van het Europese recht en het in de Nederlandse rechtsorde geldende internationaal publiekrecht in cassatie op juistheid kan worden onderzocht. Verdragen waarbij Nederland echter geen partij is en die aldus niet gelden in de Nederlandse rechtsorde moeten evenwel worden gelijkgesteld met vreemd recht. Dat volgt uit HR 26 september 2014, *NJ* 2015, 318, m.nt. Snijders (*Ecuador/Chevron & Texaco*).

worden bestreden en gecorrigeerd.²¹³ Dat uitgangspunt lijdt evenwel uitzondering als het oordeel over buitenlands recht met motiveringsklachten kan worden aangevallen.²¹⁴ De Hoge Raad pleegt op deze grond te casseren, indien het oordeel van de rechter omtrent de inhoud en uitleg van buitenlands recht de beslissing van de rechter met betrekking tot het materiële geschilpunt van partijen niet kan verklaren of wanneer de rechter zijn vaststelling van de inhoud en uitleg van buitenlands recht niet (begrijpelijk) heeft gemotiveerd tegenover de stellingen die partijen daaromtrent naar voren hebben gebracht (waarover meer in paragraaf 4.5 hierna).²¹⁵ Zulke motiveringsklachten stuiten echter af op artikel 79 lid 1 sub b Wet RO als zij zich niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het vreemde recht te betrekken.²¹⁶ In cassatie vindt derhalve niet meer dan een marginale (beperkte) toetsing plaats.²¹⁷ Zo hebben partijen feitelijk niet langer een volwaardige derde instantie als vreemd recht van toepassing is.²¹⁸ Vreemd recht en Nederlands recht worden in cassatie dus ongelijk behandeld.²¹⁹

Een marginale toetsing en een ongelijke behandeling van het vreemde en het Nederlandse recht valt te billijken als men zou willen aannemen dat de Hoge Raad slechts heeft te waken over de eenheid van ons nationale recht. Onze hoogste rechter is dan niet geroepen om een inhoudelijk laatste woord te spreken in zaken waarin vreemd recht is toegepast. Ook

Vergelijk evenwel A-G Spier in punt 6 van zijn conclusie voor het arrest. Hij is van mening dat BITs waarbij Nederland geen partij is niet moeten worden gelijkgesteld met het recht van vreemde staten en dat de uitzondering van artikel 79 lid 1 sub b Wet RO aldus niet aan de orde is. Zie hierover ook Snijders in punt 5 van zijn noot onder voornoemd arrest en Van Leyenhorst in punt 17-23 van zijn noot onder het arrest (*TvA* 2015, 6).

²¹³ Zie bijvoorbeeld HR 28 januari 2005, NJ 2006, 469, m.nt. De Boer (*DIO/IMS*), HR 1 december 2009, NJ 2010, 118, m.nt. Wormann, HR 24 december 2010, NJ 2011, 18 (*Desario/Zipser*), waarover kritisch Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 125, alsmede HR 6 april 2012, JOR 2012, 218, m.nt. Van der Plas, en tevens NJ 2013, 235, m.nt. De Boer (*Al Rafidain Bank/Solvochem*).

²¹⁴ Zie voor een mogelijke andere cassatiegrond het tweede gedeelte van deze paragraaf, waar de uitspraak inzake *Al Rafidain Bank/Solvochem* nader wordt besproken.

²¹⁵ Strikwerda in punt 11 van zijn conclusie voor HR 15 september 2006, NJ 2006, 505.

²¹⁶ Zie o.a. HR 28 september 2007, RvdW 2007, 807 (*Dentas/Fortis*) en HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228 (*Staat/Mustafi c.s.*).

²¹⁷ Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 125. Zie ook A-G Spier in punt 6 van zijn conclusie voor *Ecuador/Chevron & Texaco* (zie noot 212). Dat laat overigens onverlet dat motiveringsklachten in voorkomende gevallen royaal kunnen worden behandeld, zoals bijvoorbeeld het geval was in *Ecuador/Chevron & Texaco*.

²¹⁸ Vergelijk Kamerstukken 32 137, nr. C (MvA), p. 10.

²¹⁹ Zie ook Strikwerda 2015-I, p. 35. Doordat vreemd recht grotendeels onttrokken is aan toetsing in cassatie neemt het vreemde recht in een burgerlijk proces volgens Strikwerda een positie in tussen feit en recht.

wordt met zo'n marginale toetsing tegemoet gekomen aan een aantal mogelijke praktische bezwaren. Een toetsing aan vreemd recht zou namelijk gevolgen kunnen hebben voor de werkdruk van de Hoge Raad, de kosten die met een cassatieprocedure gepaard gaan en de tijd die het zou vergen voordat de zaak definitief kan worden afgerond. Daarbij kan de mogelijkheid niet worden uitgesloten dat na de uitspraak van de Hoge Raad over het vreemde recht de hoogste rechter van het vreemde land een ander oordeel velt. Wanneer dit zich zou voordoen hangende het geding, dus nadat de Hoge Raad op grond van zijn inzicht het arrest *a quo* heeft vernietigd en terugverwezen, zou de verwijzingsrechter desalniettemin gebonden zijn aan het onjuist gebleken oordeel van de Hoge Raad, met alle gevolgen van dien.²²⁰ Bij de totstandkoming van de huidige regeling werd overigens vooral gewicht toegekend aan het argument van de leden van de Hoge Raad, dat de Hoge Raad niet met hetzelfde gezag zou kunnen oordelen over regels van vreemd recht als toekomt aan zijn beslissingen over Nederlands recht.²²¹ Dit argument verhoudt zich evenwel slecht met het gegeven dat de Hoge Raad zich niet te allen tijde heeft te onthouden van uitspraken over vreemd recht. Zo mag de verwerping van een cassatieberoep bijvoorbeeld wel gebaseerd zijn op de ambtshalve toepassing van het door het conflictenrecht aangewezen vreemde recht.²²² Verder mag worden aangenomen dat ons hoogste rechtscollege het vreemde recht ambtshalve moet toepassen en de inhoud daarvan ambtshalve moet vaststellen wanneer hij een uitspraak vernietigt, hij de zaak vervolgens zelf afdoet en ons conflictenrecht de toepassing van een vreemd recht voorschrijft,²²³ aangezien de taak van de Hoge Raad, wanneer hij de zaak zelf afdoet, niet wordt beperkt door artikel 79 Wet RO.²²⁴

In de literatuur is de marginale toetsing van vreemd recht veelvuldig aan de kaak gesteld, bijvoorbeeld door Veegens,²²⁵ Jessurun d'Oliveira,²²⁶ Pellis²²⁷ en Vermeulen.²²⁸ Terecht naar het mij voorkomt. Een toetsing van vreemd recht in cassatie is naar mijn mening namelijk geïndiceerd in het

²²⁰ Kamerstukken 2079, nr. 11.

²²¹ *Idem*.

²²² Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8.

²²³ Zie Jessurun d'Oliveira 1971, p. 143 e.v. voor oude voorbeelden en meer recent bijvoorbeeld HR 21 maart 1997, NJ 1998, 568, m.nt. De Boer (*L/Raad voor de Kinderbescherming*).

²²⁴ In gelijke zin Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 124 en Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8.

²²⁵ Veegens 1971, 83

²²⁶ Jessurun d'Oliveira 1971, p. 130 e.v.

²²⁷ Pellis 2011.

²²⁸ Vermeulen, p. 239 e.v.

licht van het doel van het conflictenrecht en de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan artikel 10:2 BW, dat alle rechtsstelsels in beginsel gelijkwaardig zijn en dat in beginsel dat (vreemde) recht moet worden toegepast waarnaar de relevante conflictregel verwijst.²²⁹ Bovendien wordt met een ruimere toetsingsmogelijkheid meer rekenschap gegeven van de rechtsbeschermingsfunctie van de Hoge Raad. Daarbij zijn partijen, de rechtszekerheid en het kwaliteitsoogmerk, dat bij de rechterlijke macht te allen tijde hoog in het vaandel staat, eveneens gebaat. Daarmee hangt samen dat een volwaardige derde instantie ook de kans vermindert dat een feitelijke instantie het vreemde recht niet geheel uitdiept, omdat hij weet dat een inhoudelijke controle op zijn werk toch ontbreekt. Dat zo'n scenario niet geheel theoretisch is, zou wellicht kunnen worden afgeleid uit *Al Rafidain Bank/Solvochem*.²³⁰ In die zaak verweet het hof Al Rafidain Bank namelijk dat zij had verzuimd om *“de door haar bedoelde wettekst in het geding te brengen”* en dat zij evenmin nadere informatie had verstrekt over de door haar ingeroepen verjaringstermijn. Daarom verwierp het hof de stelling van de bank ter zake van de door haar gestelde verjaringstermijn als onvoldoende gemotiveerd. Deze overweging lijkt mij vooral ingegeven door proceseconomische gedachten. Zij valt overigens wel te billijken als men zou willen aannemen dat vreemd recht enigszins een feitelijk karakter heeft, dat partijen een zekere stelplicht hebben en dat van partijen aldus mag worden verwacht dat zij specifieke informatie verstrekken ter zake van vreemd recht. Zoals ik hiervoor echter inzichtelijk heb gemaakt, moet de appelrechter de inhoud van het buitenlandse recht naar de heersende leer en op grond van artikel 10:2 BW evenwel ambtshalve vaststellen. Het hof had daarnaar dus zelfstandig onderzoek moeten doen, eventueel met behulp van derden.²³¹ Het hof kon de bank derhalve niet verwijten dat zij haar stelling onvoldoende had gemotiveerd. Al Rafidain Bank ging daarop dan ook in cassatie en klaagde onder meer tegen dit oordeel. A-G Vlas overwoog vervolgens op prudente wijze:

“Het middel neemt terecht tot uitgangspunt dat bij de beslis-sing van een geschil de toepasselijkheid van het recht van een vreemde staat een rechtsgrond vormt die zo nodig door de Nederlandse rechter ambtshalve moet worden aangevuld. De Nederlandse rechter is gehouden het door de conflictregel aange-wezen buitenlandse recht ambtshalve toe te passen. Deze sinds het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865,

²²⁹ Zie hieromtrent onder meer paragraaf 4.1.

²³⁰ Zie noot 213.

²³¹ Daarover meer in paragraaf 4.5.

gevestigde leer is met ingang van 1 januari 2012 gecodificeerd en neergelegd in art. 2 van Boek 10 BW. [...] De rechter dient de inhoud van het buitenlandse recht zelf vast te stellen. Partijen behoeven de inhoud van het buitenlandse recht niet te stellen en, bij tegenspraak, te bewijzen. [...] In rov. 4.16 miskent het hof echter dat het, [...], gehouden was zelf de inhoud van het Iraakse recht vast te stellen en toe te passen. Dat Rafidain Bank de wettekst van de Iraakse Commercial Code niet in het geding heeft gebracht en anderszins gesteld noch gebleken is wat de voorwaarden zijn voor de toepasselijkheid van de kortere verjaringstermijn op grond van de Iraakse Commercial Code, ontslaat het hof niet van de verplichting om zelf — zo nodig door het gelasten van een deskundigenbericht — vast te stellen welke verjaringstermijn naar Iraaks recht van toepassing is. Ik meen dat het arrest van het hof om deze reden niet in stand kan blijven en dat in het geding na verwijzing alsnog zal moeten worden beoordeeld welke verjaringstermijn naar Iraaks recht van toepassing is op de vordering van Solvochem.”²³²

De Hoge Raad oordeelde evenwel:

“Het oordeel van het hof moet aldus worden verstaan dat het naar Iraaks recht, zoals door Solvochem was bepleit, de algemene verjaringstermijn van vijftien jaar van art. 429 van de Iraakse Civil Code van toepassing heeft geacht, en niet, zoals door Rafidain Bank was bepleit, een specifieke kortere verjaringstermijn zoals neergelegd in de Iraakse Commercial Code, en voorts dat het verjaringsverweer van Rafidain Bank in het licht van die algemene verjaringstermijn van vijftien jaar als onvoldoende gemotiveerd moet worden verworpen. Over de juistheid van het oordeel dat de algemene verjaringstermijn van vijftien jaar van toepassing is, kan evenwel ingevolge het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO in cassatie niet worden geklaagd. Daarop stuit het onderdeel af.”

Deze uitspraak is echter moeilijk te begrijpen in het licht van artikel 10:2 BW, *Orol Mildred*²³³ uit 1990 en een latere uitspraak van 22 februari 2002,²³⁴ in welke uitspraken de Hoge Raad juist had geoordeeld dat de rechter zich ambtshalve op de hoogte moet stellen van de inhoud van het buitenlandse recht en waaruit volgde dat cassatie mogelijk was als de

²³² A-G Vlas, in randnummer 2.30 e.v. van zijn conclusie voor *Rafidain Bank/Solvochem*.

²³³ Zie noot 206.

²³⁴ HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 483, m.nt. Vlas alsmede Snijders/Wendels, p. 235.

lagere rechter (evident) had verzuimd ter zake van zijn plicht om ambtshalve de rechtsgronden van buitenlands recht aan te vullen. Mogelijk heeft de Hoge Raad dan ook willen terugkomen op deze uitspraken en cassatie voor die gevallen willen uitsluiten, althans willen suggereren dat partijen, ondanks de plicht van de rechter om de inhoud van het vreemde recht ambtshalve vast te stellen, wel een zekere stel- en informatieplicht hebben ten aanzien van de inhoud van het vreemde recht. Mocht een van deze zienswijzen binnen de Hoge Raad hebben geleefd, dan had hij er overigens verstandig aan gedaan om dat expliciet te overwegen. Nu kon De Boer namelijk stellen:²³⁵

“Het is dan ook opmerkelijk – en betreurenswaardig – dat de Hoge Raad het beroep op art. 25 Rv afwijst met de dooddoener dat er over de schending van buitenlands recht in cassatie niet kan worden geklaagd [...]. Die beslissing lijkt mij apert onjuist. Er werd immers niet geklaagd over onjuiste uitleg of verkeerde toepassing van het Iraakse recht maar over een schending van Nederlands recht: art. 25 Rv draagt de rechter op om, onafhankelijk van de door partijen verstrekte informatie, de inhoud van toepasselijke recht zelfstandig vast te stellen en toe te passen, en dat had het hof nu juist niet gedaan. Als een daartegen gerichte klacht kan worden afgedaan met een beroep op art. 79 RO, wat betekent art. 25 Rv (of art. 10:2 BW) dan nog voor de vaststelling van buitenlands recht door de lagere rechter?”²³⁶

Het kan op buitenlandse rechters en andere rechtstoepassers bovendien gekunsteld overkomen als zij moeten constateren dat een feitelijke instantie hun recht verkeerd heeft uitgelegd en toegepast,²³⁷ maar dat de Hoge Raad vanwege formele gronden ongenegen is geweest om in te grijpen, met als gevolg dat er een inhoudelijk onjuiste uitspraak in stand is gelaten, er op onjuiste gronden rechten werden ontzegd of plichten werden opgelegd en aldus mogelijk de verkeerde partij (gedeeltelijk) in het gelijk werd gesteld. Tegelijkertijd moet dit argument ook niet worden overschat, omdat Nederland niet het enige land is waar de toepassing van vreemd recht niet (volledig) kan worden getoetst in cassatie en de Nederlandse cassatieprocedure wat dat betreft niet een bijzonder uitzonderlijke positie inneemt.²³⁸ Wel bestaat er door de huidige praktijk mogelijk een

²³⁵ De Boer in punt 5 van zijn noot bij voornoemd arrest.

²³⁶ Ook het Duitse *Bundesgerichtshof* kan bijvoorbeeld een uitspraak vernietigen wanneer de lagere rechter het vreemde recht niet goed genoeg heeft uitgediept, aldus Bach & Gruber, p. 111-112 en Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 126.

²³⁷ Zie ook Vermeulen, p. 245-246.

²³⁸ Zie aldus Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 126.

verhoogde kans dat de gesanctioneerde uitspraak in het buitenland niet voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt, in welk geval de Nederlandse rechtsgang voor niets kan zijn geweest.

Bij het voorgaande moet natuurlijk wel voor ogen worden gehouden dat onze Hoge Raad ten aanzien van het vreemde recht geen rechtsvormende taak heeft. Zijn taak zal er aldus enkel uit kunnen bestaan dat hij het oordeel van de rechter van het betrokken land zo goed mogelijk benadert. In wezen controleert de Hoge Raad dan of de uitspraak van de lagere rechter in lijn is met de wetsuitleg en –toepassing in het thuisland van het betrokken vreemde recht. Zo’n conformiteitscontrole is bijvoorbeeld beschikbaar in België.²³⁹ De hoogste rechter kan daar toetsen of de toepassing van het vreemde recht door de lagere rechter overeenkomt met de toepassing in het vreemde land. Daarbij moet eiser in cassatie in beginsel op straffe van niet-ontvankelijkheid in zijn middel ook schending van de toepasselijke conflictregel aanvoeren.²⁴⁰ Door de taak van de cassatierechter te beperken tot een conformiteitstoets zal de taak van de Hoge Raad naar ik wens hopelijk ook niet teveel worden verzwaaard.²⁴¹

4.4.4 Conclusie

Vreemd recht wordt in Nederland beschouwd als recht. De rechter en de appelrechter moeten de inhoud daarvan ambtshalve vaststellen en zo nodig de rechtsgronden aanvullen. Daardoor wordt ook recht gedaan aan het doel van het conflictenrecht, de Savigniaanse methodiek die ten grondslag ligt aan ons conflictenrecht en het normatieve uitgangspunt dat alle rechtsstelsels in beginsel gelijkwaardig zijn. Ten behoeve van een verwerping van het cassatieberoep mag de Hoge Raad het door het conflictenrecht aangewezen vreemde recht ook ambtshalve toepassen. Tevens mag de Hoge Raad vreemd recht aanwenden als hij de bestreden uitspraak vernietigt en de zaak vervolgens zelf afdoet. In alle andere gevallen heeft vreemd recht in cassatie evenwel niet dezelfde status als Nederlands recht, aangezien slechts marginaal kan worden opgekomen

²³⁹ Aldus Hof van Cassatie 9 oktober 1980, *Arresten Hof van Cassatie* 1980-81, p. 142 (*Babcock*) in verbinding met Hof van Cassatie 3 juni 2004, *Arresten Hof van Cassatie* 2004, p. 990, Hof van Cassatie 18 april 2005, *NjW* 2005, 1167 alsmede Hof van Cassatie 18 maart 2013, *Arresten Hof van Cassatie* 2013, p. 682.

²⁴⁰ Zie hierover ook Storme 2005, p. 1163-1166 en Hof van Cassatie 10 november 2012, *Arresten Hof van Cassatie* 2010, p. 2872.

²⁴¹ Ik verwijs in dit verband ook naar Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015, 126, waar inzichtelijk wordt gemaakt dat de toepassing van vreemd recht in Italië en Griekenland onbeperkt wordt getoetst, terwijl schending van vreemd recht als cassatiegrond in Zwitserland beschikbaar is voor wat betreft niet-vermogensrechtelijke burgerlijke zaken.

tegen de verkeerde toepassing van dat recht door een lagere feitelijke instantie. Om te bewerkstelligen dat het vreemde recht en het Nederlandse recht in cassatie wel zoveel mogelijk gelijk worden behandeld, zou de mogelijkheid van een conformiteitstoets kunnen worden geïntroduceerd, uit hoofde waarvan de Hoge Raad dan zou kunnen toetsen of de toepassing van het vreemde recht door de lagere rechter overeenkomt met de toepassing van dat recht in het land van herkomst.

4.5 Verrassingsbeslissingen en de vaststelling van vreemd recht

De rechter moet er bedacht op zijn dat hij een verrassingsbeslissing kan wijzen,²⁴² waardoor het fundamentele beginsel van *audiatur et altera pars* (hoor en wederhoor) zou worden geschonden, als hij het conflictenrecht (ambtshalve) toepast buiten het partijdebat om of hij meent dat een ander recht van toepassing is dan waar partijen van uitgingen. De eisen van een goede procesorde brengen dan mee dat hij partijen moet horen voordat hij in zo'n geval beslist.²⁴³ Dat geeft partijen namelijk de gelegenheid om hun feitelijke stellingen die van belang zijn voor de rechtsaanwijzing aan te passen. Ook kunnen partijen zich mogelijk nog uitlaten over de te hanteren verwijzingsregel(s). Het nader horen van partijen is evenwel niet noodzakelijk als een aanvulling van de feiten al eerder voor de hand had gelegen of als het onaannemelijk is dat een voor de rechtsaanwijzing relevante aanpassing van de feitelijke stellingen zal plaatsvinden.²⁴⁴

Vervolgens moet partijen de kans worden geboden hun feitelijke stellingen op de vooraf niet voorziene buitenlandse rechtsregels af te stemmen.²⁴⁵ Wat dat betreft kan bij wijze van voorbeeld worden verwezen naar een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 6 mei 2002.²⁴⁶ In die zaak hadden beide partijen hun stellingen gebaseerd op het Nederlandse recht, terwijl het hof tot het oordeel kwam dat Belgisch recht van toepassing was. Daarop werden partijen uitgenodigd om alsnog expliciet te kiezen voor Nederlands recht. Voor zover partijen niet gezamenlijk zouden kiezen voor Nederlands recht, werden zij in de gelegenheid gesteld om hun stellingen overeenkomstig het Belgische recht aan te passen met betrekking tot de nog aan de orde zijnde vragen. Voor dat geval werden partijen ook uitgenodigd om in te gaan op de inhoud van het Belgische

²⁴² In gelijke zin Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 10 alsmede Asser/Vonken 10-I, 329.

²⁴³ Mostermans 1996, p. 138 e.v.

²⁴⁴ Eveneens Mostermans 1996, p. 124 e.v., met een verwijzing naar HR 6 oktober 1995, *RvdW* 1995, 202.

²⁴⁵ Zie Strikwerda in punt 3.15 van zijn conclusie voor *Seaport/Transatlantic* (noot 141) alsmede Snijders/Wendels, p. 233.

²⁴⁶ Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2002, *NIPR* 2002, 205 (*Pennings/Pegri*).

recht en wat naar Belgisch recht de vereisten waren voor een geldig beroep op verrekening.

Dat brengt mij op een ander punt. Partijen moeten zich, indien zij uitgingen van de toepasselijkheid van een ander recht, ook kunnen uitlaten over de inhoud van het recht dat volgens de rechter van toepassing is voordat op basis daarvan wordt beslist.²⁴⁷ In dat verband kan de situatie zich voordoen dat partijen (stilzwijgend) uitgingen van een bepaalde inhoud of uitleg van vreemd recht. De rechter is evenwel niet gebonden aan de standpunten van partijen en hij kan aldus tot een ander oordeel komen. Daarvan dient hij partijen vervolgens ook te verwittigen, zodat zij hun standpunten kunnen aanpassen.²⁴⁸

Verschillen partijen evenwel van mening over de vraag welk recht van toepassing is en staven zij hun stellingen aan de hand van verschillende rechtsstelsels of verschillen partijen van mening over de uitleg van vreemd recht, dan lijkt de kans dat er een verrassingsbeslissing wordt gewezen gering, althans wanneer de rechter één van de partijen volgt in haar zienswijze op het toepasselijke recht en partijen in de gelegenheid zijn geweest om op elkaars stellingen te reageren, zij het dat de rechter er onder omstandigheden goed aan kan doen om de partij(en) wier zienswijze(n) ten aanzien van het toepasselijke recht niet werd(en) gevolgd alsnog in de gelegenheid te stellen om dier stellingen aan te passen op het toepasselijk verklaarde recht of zich nader uit te laten over het toepasselijke recht. Een geval waarin dit geïndiceerd was, valt terug te lezen in een beschikking van het Hof 's-Hertogenbosch van 26 januari 2000.²⁴⁹ Een Marokkaanse vrouw had onder een aantal voorwaarden ingestemd met de toepassing van het Nederlandse recht op het verzoek tot echtscheiding van de man. In appel bleek evenwel dat die voorwaarden, die door het hof valide werden geacht, niet waren vervuld. Daarmee was de rechtskeuze van de vrouw komen te vervallen. Vervolgens moest het hof onderzoeken welk recht bij gebreke van die rechtskeuze van toepassing was. Dat bleek het Marokkaanse recht te zijn. Daarop werd de man alsnog in de gelegenheid gesteld om de gronden van zijn verzoek tot echtscheiding aan te passen aan het Marokkaanse recht.

Bij het vorenstaande zij opgemerkt dat de rechter er ook bij gebaat kan zijn als hij nader wordt voorgelicht over de inhoud en uitleg van het vreemde recht, omdat het voor hem een tijdrovende en lastige exercitie

²⁴⁷ In gelijke zin Mostermans 1996, p. 139-140 en Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 10.

²⁴⁸ Zie Strikwerda in punt 3.15 van zijn conclusie voor *Seaport/Transatlantic* (zie noot 141).

²⁴⁹ Hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2000, *NIPR* 2000, 97.

kan zijn om de inhoud van dat recht, waar hij niet vertrouwd mee is, zelfstandig vast te stellen. Zulks mogelijk alleen al vanwege de taalbarrière of de eventuele praktische ontoegankelijkheid van dat recht.²⁵⁰ Of-schoon de rechter dus zelf op onderzoek kan uitgaan, kan hij zich over de uitleg van de buitenlandse wet ook laten voorlichten door partijen en hun deskundigen,²⁵¹ onafhankelijke deskundigen,²⁵² inlichtingen doen inwinnen op de voet van artikel 67 Rv²⁵³ of zich op relatief informele wijze laten adviseren (bijvoorbeeld door het Internationaal Juridisch Insti-

²⁵⁰ De Boer 1996-II, p. 304 e.v. en Frohn 1999, p. 79 e.v.

²⁵¹ Dat kan op eigen initiatief van een partij dan wel op initiatief van de rechter. Ik verwijs bijvoorbeeld naar Rechtbank Rotterdam 1 februari 2012, *NIPR* 2012, 208 (*A./Rederij de Rotterdam*). De rechtbank was met partijen van mening dat Italiaans recht van toepassing was. Partijen verschilden evenwel over de gevolgen daarvan. Daarop stelde de rechtbank partijen in de gelegenheid om hun standpunten nader te onderbouwen aan de hand van *legal opinions*, jurisprudentie en/of literatuur. Ook kan in dit verband worden verwezen naar Rechtbank Arnhem 12 december 2012, *NIPR* 2012, 33 (*Albea/Eurovite*). Partijen waren het erover eens dat Duits recht van toepassing was en de rechtbank volgde hen daarin. De discussie spitte zich vervolgens toe op de vraag hoe artikel 203 BGB moest worden uitgelegd. Daarover verschilden partijen namelijk van mening. Daarop stelde de rechtbank partijen in de gelegenheid om hun stellingen nader toe te lichten, onderbouwd met *legal opinions*. Zie bij wijze van voorbeeld verder Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *NIPR* 2013, 245. In die zaak kwam de rechtbank tot de conclusie dat Belgisch recht van toepassing was en dat hij over de inhoud van het Belgische recht nadere inlichtingen behoefde. Daartoe werden partijen in de gelegenheid gesteld gespecificeerd en gemotiveerd aan te geven welke wetsartikelen van toepassing zijn, wat de wet inhoudt, op welke relevante punten het Belgische recht van het Nederlandse recht afwijkt en welke rechtsgevolgen dat meebrengt. Een en ander zoveel mogelijk onderbouwd met *legal opinions*, relevante jurisprudentie en/of literatuur. Tot slot noem ik Hof Amsterdam 8 april 2014, *NIPR* 2015, 54 (*Dimensio/Bingold*). In die zaak had Dimensio onder meer gegriefd tegen de door de rechtbank toegewezen rente naar Slowaaks recht van 13%. Daarop wenste het hof van Bingold nadere voorlichting over de inhoud van het Slowaakse recht. Bingold werd aldus verzocht “de in 2005 geldende tekst van de artikelen in het Slowaakse wetboek over te leggen, waarin de onderwerpen wettelijke (handels)rente en het aanvangstijdstip waarop op die rente aanspraak kan worden gemaakt worden geregeld, voorzien van een beëdigde vertaling, alsmede eventuele uitvoeringsregelingen en, zo daarvan sprake is, richtinggevende jurisprudentie, eveneens voorzien van beëdigde vertaling.” Desgewenst mocht Bingold hierbij nog een toelichting geven, terwijl Dimensio vervolgens bij nadere akte mocht reageren.

²⁵² Dat de rechter zich ook bij zuiver juridische vragen mag laten voorlichten door deskundigen volgt uit HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 1, m.nt. Vranken (*Stichting Natuur & Milieu*), waarover ook Mostermans 1996, p. 61. Zie bovendien Hof Amsterdam 18 september 2012, *ECLI:NL:HGAMS:2012:BY5010* (*Novolipetsky Metallugichesky*) voor een voorbeeld waarin de rechter voornemens was om een deskundige te benoemen om zich te laten voorlichten over vreemd recht.

²⁵³ Zie onder andere Hof Leeuwarden 29 mei 2012, *NIPR* 2012, 366 (*ISS Tanks/CMB*). Opvallend genoeg lijkt men in de praktijk overigens relatief weinig verzoeken te doen om inlichtingen op grond van de Europese Overeenkomst nopens inlichtingen over buitenlands recht. Zo gaf de database van het NIPR slechts 23 hits.

tuut²⁵⁴ of het Asser Instituut²⁵⁵).²⁵⁶ Een combinatie van het voorgaande is natuurlijk ook mogelijk.²⁵⁷

De opvattingen van partijen en hun deskundigen zullen rechters overigens wel met een kritisch oog moeten bekijken. Zo mag immers worden aangenomen dat partijen en hun deskundigen geen opvattingen zullen verkondigen die onwelgevallig zijn voor hun zijde. De rechter moet er bovendien voor waken dat hij een partijbericht opvat als een partijstelling en uit het niet weerspreken van bepaalde passages door de andere partij afleidt dat die als niet voldoende weersproken vaststaan.²⁵⁸ In zaken met een internationaal element gebeurt het overigens geregeld dat de feitelijke instanties zich zonder nader onderzoek laten leiden door hetgeen partijen over het vreemde recht te berde hebben gebracht, bijvoorbeeld omdat (i) partijen het eens zijn of (ii) een partij de stellingen van haar wederpartij te dien aanzien onvoldoende heeft betwist.²⁵⁹ In zulke gevallen heeft de rechter de inhoud van het vreemde recht dus niet zelf vastgesteld. Deze gang van zaken staat dan ook op gespannen voet met de gedachte dat het vreemde recht ook moet worden gekwalificeerd als recht waarvan de inhoud ambtshalve, los van de standpunten van partijen, moet worden vastgesteld.

Passeert de rechter de partijstandpunten over (de uitleg van) het buitenlandse recht, dan moet hij gemotiveerd aangeven waarom hij dat doet.²⁶⁰ Een rechter mag daaraan dus niet zomaar voorbij gaan en hij dient in zijn

²⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 11 december 2013, *NIPR* 2014, 67 (*Syrian Electronic/Ricoh*) en Rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, 5 februari 2014, *NIPR* 2014, 146 (*Megaladon*).

²⁵⁵ In gelijke zin Vonken 2013, art. 10:2 BW, aant. 3(b).

²⁵⁶ Wanneer de rechter de hulp van derden inschakelt, doet hij er verstandig aan om partijen de mogelijkheid te geven een voorstel te doen over de kwesties die huns inziens aandacht behoeven. Heeft de rechter de hulp van derden ingeschakeld, dan moet hij partijen vervolgens de gelegenheid bieden daarop te reageren. Zie wat dat betreft ook Mostermans 1996, p. 139-140. Dit gebeurt echter niet altijd. Vergelijk bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 24 september 2003, *NIPR* 2004, 342 (*Kera Fun/Van Duijn*). Op specifieke bezwaren tegen het deskundigenrapport zal de rechter vervolgens moeten ingaan, indien deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van het rapport, aldus bijvoorbeeld HR 13 mei 2013, *RvdW* 2013, 673 (*X./SZA*).

²⁵⁷ Zie onder meer Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, *NIPR* 2013, 134 (*Milieudefensie c.s./Shell*). Om het Nigeriaanse recht te kunnen toepassen baseerde de rechtbank zich in de eerste plaats op *legal opinions* van de partijdeskundigen. Daarnaast had de rechtbank Engelse literatuur geraadpleegd over de *common law*, aangezien het Nigeriaanse recht als *common law* systeem gebaseerd zou zijn op het Engelse recht.

²⁵⁸ Wesseling-Van Gent 1994, p. 59.

²⁵⁹ Zie ook De Boer 2004, p. 231, met een uitgebreide verwijzing naar jurisprudentie.

²⁶⁰ HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 318.

afwijkende rechtsbeslissing op hun stellingen in te gaan. De rechter moet zich dan ook verstaan met de door partijen ingenomen standpunten en zijn rechtsbeslissing met aanduiding van gehanteerde kernbronnen onderbouwen.²⁶¹ Hoe uitvoeriger het partijdebat, des te actiever zal de rechter vervolgens op zoek moeten naar de inhoud van het vreemde recht en hoe uitvoeriger hij zijn beslissingen zal moeten motiveren.²⁶² Maken partijen zich er evenwel gemakkelijk van af, dan wordt van de rechter minder inspanning verwacht. Oftewel, hoe moeilijker het voor partijen zal zijn om de rechter achteraf met succes te verwijten niet de nodige inspanningen te hebben verricht om de juiste inhoud van het vreemde recht op te sporen,²⁶³ in welk licht mogelijk ook het hiervoor in paragraaf 4.4.3 besproken arrest van de Hoge Raad inzake *Al Rafidain Bank/Solvochem*²⁶⁴ moet worden gelezen.²⁶⁵

4.6 De inhoud van vreemd recht kan niet worden vastgesteld

Wanneer de toepassing van een conflictregel verplicht tot de toepassing van een exotisch recht, dan zal de rechter zich onder omstandigheden mogelijk liever een wielrenner wanen op een fiets met vierkante houten banden tijdens Parijs-Roubaix, aangezien de vaststelling van dat vreemde recht nogal wat hoofdbreken kan kosten.²⁶⁶ Lukt het de rechter onverhoopt niet om de inhoud van het vreemde recht (binnen een bekwame tijd) te achterhalen, dan moet hij bij wijze van uitgangspunt de *lex fori* toepassen.²⁶⁷ Alle andere mogelijke oplossingen – uitgezonderd mogelijk de toepassing van een subsidiaire verwijzingsregel als die beschikbaar is²⁶⁸ – hebben namelijk iets kunstmatigs.²⁶⁹ Er bestaat immers geen grondslag meer uit hoofde waarvan het eigen recht plaats zou kunnen maken wanneer het door ons conflictenrecht aangewezen recht niet kan worden toegepast. Ook in ons omringende landen past men de *lex fori* toe indien

²⁶¹ Mostermans 1996, p. 65.

²⁶² Strikwerda in punt 3.13 en punt 3.14 van zijn conclusie voor *Seaport/Transatlantic* (zie noot 141) en Wesseling-Van Gent 1994, p. 49-50.

²⁶³ Mostermans 2004, p. 53.

²⁶⁴ Zie noot 213.

²⁶⁵ Zie ook Snijders/Wendels, p. 235. Naar gelang partijen zich actiever betonen, stelt de Hoge Raad dus strengere eisen aan de motivering van de beslissing over buitenlands recht. Gebrek aan initiatief of medewerking van partijen in de feitelijke instanties kan hen derhalve opbreken in cassatie.

²⁶⁶ Pellis 2003, p. 451.

²⁶⁷ In gelijke zin De Boer 1996-II, p. 313-315.

²⁶⁸ Zie hieromtrent Asser/Vonken 10-I, 337.

²⁶⁹ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het toepassen van eenvormig recht, algemene rechtsbeginselen of een aanverwant rechtstelsel, waarover bijvoorbeeld Boele-Woelki 1996 en Mostermans 1996, p. 67-69.

het vreemde recht niet kan worden vastgesteld. Dat is bijvoorbeeld het uitgangspunt in België,²⁷⁰ Frankrijk,²⁷¹ Luxemburg,²⁷² Oostenrijk²⁷³ en Zwitserland.²⁷⁴ Bovendien is deze oplossing ook voorgesteld in artikel IX van The Madrid Principles:

“If in the view of the national authority, a) there has been no adequate ascertainment of the content of foreign law in a reasonable time, or b) it is found that upon ascertainment of foreign law it is inadequate to address the issue in question, the *lex fori* shall be applied.”

Als het eigenlijk toepasselijke recht niet kan worden aangewend, bestaat, ongeacht welke alternatieve regels men toepast, altijd het risico dat er rechten of plichten worden gecreëerd of bestaande rechten en plichten worden ontnomen in afwijking van het eigenlijk toepasselijke recht. Om dat risico te beperken zou ik mij kunnen voorstellen dat de rechter bijvoorbeeld met behulp van een aanverwant rechtsstelsel in aanvulling op de *lex fori* recht tracht te doen aan de situatie als de rechtsfiguur die onderwerp is van debat niet voorkomt in het forale recht of wanneer de toepassing van de *lex fori* tot uiterst onbevredigende uitkomsten zou leiden.²⁷⁵ In Duitsland kent men eveneens een uitzondering op de hoofdregel – toepassing van de *lex fori* wanneer de inhoud van het vreemde recht niet kan worden vastgesteld – voor het geval het eigen recht tot uiterst onbevredigende uitkomsten zou leiden.²⁷⁶ In alle andere gevallen is het (enkel) toepassen van de *lex fori* echter het meest praktisch. De rechter en de overige procesparticipanten zijn namelijk bekend met dit recht. Aldus

²⁷⁰ In België is dit uitgangspunt wettelijk verankerd in artikel 15 lid 2 WIPR: “Wanneer het kennelijk onmogelijk is de inhoud van buitenlands recht tijdig vast te stellen, wordt Belgisch recht toegepast.”

²⁷¹ Zie wat dat betreft bijvoorbeeld Cass. Com. Fr. 16 november 1993, 1993 *Bull. Civ. IV*, No. 405, 294 (*Amerford*), Cass. 1^e Civ. Fr. 5 november 1991, 1991 *Bull. Civ. I*, No. 293 (*Masson*) alsmede Cass. 1^e Civ. Fr. 21 november 2006, 2006 *Bull. Civ. I*, No. 500.

²⁷² Cuniberti & Rueda, p. 260.

²⁷³ Oostenrijk kent met artikel 4 lid 2 IPRG een soortgelijke regeling als België: “Kann das fremde Recht trotz eingehendem Bemühen innerhalb angemessener Frist nicht ermittelt werden, so ist das österreichische Recht anzuwenden.”

²⁷⁴ Vergelijk artikel 16 lid 2 van de Zwitserse Federale Wet op het Internationaal Privaatrecht.

²⁷⁵ Vergelijk Mostermans 1996, p. 69.

²⁷⁶ Ook in Duitsland moet bij wijze van uitgangspunt de *lex fori* worden toegepast wanneer het vreemde recht niet kan worden vastgesteld. Dat is gevestigde rechtspraak sinds BGH 16 oktober 1977, BGHZ 69, 387. Wanneer de aanwending van de *lex fori* evenwel “äußerst unbefriedigend wäre, kann auch die Anwendung des dem an sich berufenen Rechts nächstverwandten oder des wahrscheinlich geltenden Rechts gerechtfertigt sein.” Dat volgt uit BGH 23 december 1981, IVb ZR 643/80, NJW 1982, 1215.

wordt voorkomen dat er een nieuw rondje moet worden gemaakt om de anders toepasselijke regels vast te stellen en de uitleg daarvan te achterhalen. Zo wordt bovendien voorkomen dat extra tijd verloren gaat voordat er een inhoudelijk oordeel kan worden geveld, waardoor er hopelijk binnen bekwame tijd uitspraak kan worden gedaan. In dat verband is overigens nog vermeldenswaardig dat het EHRM in *Karalyos and Huber v. Hungary and Greece*²⁷⁷ heeft geoordeeld dat een ernstige vertraging in de vaststelling van de inhoud van vreemd recht onder omstandigheden tevens een schending van artikel 6 lid 1 EVRM met zich kan brengen.²⁷⁸

Volgens onze wetgever is er evenwel geen heersende opvatting.²⁷⁹ Daarom heeft hij gemeend dat het beter is om geen wettelijke regeling te formuleren. Het wordt zodoende aan de rechter overgelaten om per geval te beoordelen welke oplossing geïndiceerd is.²⁸⁰ Vanuit rechtsvergelijkend perspectief lijkt dat standpunt mij thans in ieder geval aanvechtbaar. Bezieet men daarnaast het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2001²⁸¹ dan zou mogelijk ook kunnen worden geconcludeerd dat er in Nederland wel degelijk reeds een heersende leer is. In die zaak oordeelde de Hoge Raad namelijk in navolging van A-G Strikwerda dat de *lex fori* moest worden toegepast in een geval waarin de *lex causae* in strijd was met onze openbare orde.²⁸² In de woorden van Strikwerda “*herneemt de lex fori dan haar heerschappij*”.²⁸³ In het licht daarvan zou volgens De Boer kunnen worden betoogd dat de *lex fori* niet alleen moet worden toegepast als de casus nauwer verbonden is met het eigen land dan met het buitenland, “*maar ook als de inhoud van het als toepasselijk aangewezen buitenlandse recht niet kan worden vastgesteld,*” of als dat recht op een voor de rechtsbepaling relevant punt in conflict komt met de aan ons eigen recht ten grondslag liggende beginselen.²⁸⁴

²⁷⁷ EHRM 6 april 2004, Appl. No. 75116/01 (*Karalyos and Huber v. Hungary and Greece*).

²⁷⁸ Als de vaststelling van de inhoud van het vreemde recht te lang op zich laat wachten zou daarnaast mogelijk ook nog een beroep kunnen worden gedaan op een investeringsverdrag wegens *denial of justice*. Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 3.5.3.1(d).

²⁷⁹ Vergelijk Schmidt, p. 125, voor het geval het vreemde recht buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijd met de openbare orde.

²⁸⁰ Rapport Staatscommissie IPR, p. 19 en Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 9-10.

²⁸¹ HR 9 november 2001, NJ 2002, 279, m.nt. De Boer.

²⁸² Zie ook Vlas 2015, p. 65.

²⁸³ Dat de keuze valt op de *lex fori* spreekt volgens Strikwerda eigenlijk vanzelf: “*De bereidheid om het eigen recht plaats te laten maken voor vreemd recht mag en moet haar grenzen vinden daar waar het vreemde recht in strijd komt met fundamentele beginselen en waarden van de eigen rechtsorde, ongeacht het belang dat de vreemde staat bij toepassing van zijn recht op het gegeven geval mag hebben.*” Aldus Strikwerda 2004-II, p. 164.

²⁸⁴ De Boer in punt 4-5 van zijn noot bij voornoemd arrest.

De voorzieningenrechter zal in dit verband overigens met enige regelmaat in een spagaat terecht komen als hij wordt geconfronteerd met een zaak met internationale elementen. Het kost immers tijd om de inhoud van het vreemde recht vast te stellen. Tijd, die er meestal niet is wanneer op een korte termijn uitspraak moet worden gedaan.²⁸⁵ Derhalve mag de *lex fori* in ieder geval worden toegepast als de opgelegde voorziening uitsluitend het karakter draagt van een (tijdelijke) ordemaatregel en die ordemaatregel op (zeer) korte termijn moet worden gegeven.²⁸⁶ Wanneer de opgelegde voorziening daarentegen ruimer is – en de nadruk wordt gelegd op de rechtssprekende functie van de voorzieningenrechter – zou de voorzieningenrechter het conflictenrecht net als het daardoor aangewezen recht wel ambtshalve moeten toepassen.²⁸⁷ Dat recht moet vervolgens, zo nodig, ook ambtshalve worden vastgesteld. In de rechtspraak valt evenwel een tendens waar te nemen naar toepassing van de *lex fori*, omdat de vaststelling van het vreemde recht in het kader van een kort geding te ingewikkeld wordt bevonden.²⁸⁸ Wanneer het in de praktijk inderdaad onmogelijk blijkt om binnen bekwame termijn de inhoud van het vreemde recht vast te stellen, bepleit ik, mede gezien de heersende praktijk en het spoedeisende karakter van een kort geding, de toepassing van de *lex fori* als (formeel) alternatief. Daarmee wordt bij wijze van uitgangspunt nog steeds recht gedaan aan het ambtshalve karakter van ons conflictenrecht en het doel van internationaal privaatrecht zonder dat bij de alternatieve toepassing van de *lex fori* inbreuk wordt gemaakt op dat doel of de uiteindelijke juridische positie van partijen. Een uitspraak in kort geding draagt immers slechts het karakter van een voorlopig oordeel waaraan de bodemrechter niet gebonden is. Willen partijen evenwel dat de voorzieningenrechter op korte termijn rechtspreekt op basis van het door ons conflictenrecht aangewezen recht, dan zullen zij hem naar alle waarschijnlijkheid een handje moeten helpen en hem onderbouwd met literatuur, jurisprudentie en/of deskundigenberichten moeten voorlichten over de inhoud en werking van het vreemde recht. Dat geldt te meer wanneer het vreemde recht niet eenvoudig toegankelijk is, bijvoorbeeld vanwege taalbarrières of de sporadische aanwezigheid van (digitale) bronnen. Wat dat betreft mag in kort geding dus meer van partijen worden verwacht.

²⁸⁵ In gelijke zin Boonk 2005, p. 25.

²⁸⁶ Zie hierover Kramer 2001, p. 314-315 alsmede Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 10.

²⁸⁷ Rapport Staatscommissie IPR, p.18 en Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 10.

²⁸⁸ Rapport Staatscommissie IPR, p. 16.

4.7 Conclusie

Welk recht van toepassing is, wordt bepaald aan de hand van ons conflictenrecht. Partijen moeten er vooralsnog op bedacht zijn dat het conflictenrecht bij de rechtbanken, de hoven en in cassatie een verschillende positie inneemt. Daarbij zij opgemerkt dat het conflictenrecht in appel-procedures en in cassatie ondergeschikt is gemaakt aan, althans is ingepast in het relevante procesregime. Waar dat gezien de taak van de Hoge Raad voor cassatieprocedures valt te billijken, is dat voor procedures bij de appelrechter minder logisch aangezien het doel dat ten grondslag ligt aan ons conflictenrecht wordt ondermijnd en afbreuk wordt gedaan aan het uitgangspunt dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht in beginsel ook moet worden toegepast. Daarom heb ik een proeve van een alternatieve gedachte naar voren gebracht. Verder wordt in Nederland vandaag de dag algemeen geaccepteerd dat vreemd recht geen feit maar recht is. Ook ten aanzien van het vreemde recht geldt vervolgens dat de rechter de rechtsgronden ambtshalve moet aanvullen. In eerste aanleg en appel wordt het vreemde recht vervolgens processueel formeel gelijk en in theorie net zo behandeld als het Nederlandse recht. In cassatie is dat evenwel anders, aangezien in cassatie slechts in beperkte mate kan worden geklaagd dat het vreemde recht onjuist is toegepast door een lagere feitelijke instantie. Persoonlijk zou ik evenwel menen dat een conformiteitscontrole tot de mogelijkheden zou moeten behoren, zodat de Hoge Raad kan toetsen of de toepassing van het vreemde recht door de lagere rechter overeenkomt met de wijze waarop dat recht wordt toegepast in zijn land van herkomst. Het kan onverhoopt ook gebeuren dat de inhoud van het vreemde recht, ondanks de middelen die de rechter ter beschikking staan, niet binnen een bekwame tijd kan worden vastgesteld. In dat geval kan bij wijze van uitgangspunt de *lex fori* worden toegepast.

5. VRIJ DENKEN OVER EEN PROCESSUELE BELANGENEIS EN EEN FACULTATIEF CONFLICTENRECHT

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 heb ik artikel 10:2 BW en het daaruit voortvloeiende ambtshalve conflictenrecht als een gegeven genomen. In dit hoofdstuk stel ik evenwel het nut en de noodzaak van dit artikel en het ambtshalve conflictenrecht ter discussie. Daarbij komen twee alternatieve gedachten aan bod, te weten de processuele belangeneis en het facultatieve conflictenrecht.

5.2 Een korte repetitie: waarom artikel 10:2 BW

In het vorige hoofdstuk bleek dat het in Nederland sinds *Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*¹ algemeen geaccepteerd is dat rechters uit hoofde van artikel 25 Rv – en diens voorloper artikel 48 Rv – het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht in voorkomende gevallen als rechtsgrond ambtshalve dienen toe te passen. Toen later werd nagedacht over de invoering van een apart wetboek voor het internationaal privaatrecht adviseerde de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht om artikel 10:2 BW op te nemen, omdat de *“Wet IPR een bepaling inzake de toepassing van het conflictenrecht moet bevatten”*.² Ook zou het verhelderend werken voor de wetstoepasser.³ In het wetsvoorstel dat vervolgens heeft geleid tot boek 10 BW heeft de minister voornoemde zienswijze tot de zijne gemaakt. Daarbij werd verduidelijkt dat artikel 10:2 BW ook geldt buiten rechte, zodat niet alleen de rechter maar ook andere wetstoepassers ambtshalve moeten controleren welk recht toepassing verlangt.⁴ Aldus is thans expliciet in de wet verankerd dat het conflictenrecht ambtshalve moet worden toegepast. In alle gevallen zou derhalve ook het meest geëigende recht moeten worden toegepast.

5.3 Een processuele belangeneis in het conflictenrecht gewenst?

Het conflictenrecht moet bij de rechtbanken te allen tijde en bij de hoven en de Hoge Raad in ieder geval binnen de grenzen van de rechtsstrijd onafhankelijk van het partijdebat worden toegepast.⁵ Nochtans ziet men

¹ HR 4 juni 1915, NJ 1915, 865 (*Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*).

² Rapport Staatscommissie IPR, p. 17.

³ *Idem*.

⁴ Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8.

⁵ Zie paragraaf 4.3.

in de rechtspraak geregeld de eis terug dat partijen moeten stellen dat, en in welke zin, het verschil maakt welk recht wordt toegepast. Aldus introduceert men als het ware een conflictenrechtelijke belangeneis in het proces of een processuele belangeneis in het conflictenrecht. In het vervolg van deze paragraaf ga ik hier nader op in aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie van de afgelopen 50 jaar.

Ik begin mijn bloemlezing met *Moskowsky Festival/Clemenceau* uit 1961.⁶ Het ging in dit geval om de aanvaring op volle zee tussen een Russisch schip genaamd “Moskowsky Festival” en een Frans schip genaamd “Clemenceau”, dat zonk. In eerste aanleg werd de vordering tot schadevergoeding van de gedupeerden afgewezen. In appel werd zij toegewezen, zonder dat er ook maar één overweging was gewijd aan het toepasselijke recht. In cassatie werd vervolgens de klacht geformuleerd dat het hof had verzuimd om de Slotakte van de Internationale Conferentie voor de beveiliging van mensenlevens op zee en de Internationale Voorschriften ter voorkoming van aanvaring op zee toe te passen. De Hoge Raad overwoog:

“dat blijkens ’s Hofs arrest de onderhavige aanvaring in volle zee heeft plaatsgevonden tussen een schip varende onder Russische vlag en een schip varende onder Franse vlag;
dat pp., voorzover uit de stukken waarvan de Hoge Raad kan kennis nemen blijkt, in de feitelijke instanties niet de vraag hebben opgeworpen naar welk recht moest worden beoordeeld of uit de gestelde feiten voor de verweerders in cassatie vorderingen voortvloeien en evenmin of de in het middel als geschonden aangehaalde Slotakte en Internationale Voorschriften te dezen van toepassing zijn;
dat het Hof geen aanleiding heeft gezien deze vragen te beantwoorden, waaruit moet worden afgeleid, dat het Hof met pp. van oordeel is geweest dat het voor de beoordeling van de onderhavige vorderingen geen verschil maakt in welke zin de beide vragen moeten worden beantwoord;
dat het Hof derhalve omtrent de toepasselijkheid van de Slotakte en de Internationale Voorschriften en omtrent de toepasselijkheid van Nederlands recht niet behoefde te beslissen en niets heeft beslist.”

Een ander oud voorbeeld dat ik in dit verband onder de aandacht wil brengen is *Kelly/het Nederlandse Beheersinstituut*⁷ uit 1965. In deze zaak

⁶ HR 16 juni 1961, NJ 1963, 520, (*Moskowsky Festival/Clemenceau*).

⁷ HR 10 april 1964, NJ 1964, 473 (*Kelly/het Nederlandse Beheersinstituut*).

ging het om de vraag naar de geldigheid van een aantal fiduciaire eigendomstransacties. Daarbij waren Nederlandse en Duitse (rechts)personen betrokken geweest. Ik pak de gang van zaken op in hoger beroep. Daar werd Kelly in het ongelijk gesteld, zonder dat het hof daarbij expliciet een keuze had gemaakt voor het ene of het andere recht. Daarop ging Kelly in cassatie. Zij stelde onder meer dat Duits recht had moeten worden toegepast en dat het hof de zaak naar Duits recht had moeten onderzoeken. Daarbij was ook een motiveringsklacht geformuleerd. Zo zou het arrest niet in stand kunnen blijven, omdat het hof in het midden had gelaten welk toepasselijk recht het voor ogen had gestaan. De Hoge Raad oordeelde evenwel:

“dat deze stelling reeds hierom niet tot cassatie kan leiden, omdat het middel niet aangeeft, waarom aan hetgeen naar 's Hof's uitlegging tussen pp. werd overeengekomen en naar Nederlands recht geldig is, bij toepassing van Duits recht – aangenomen dat dit recht op de desbetreffende transacties toepasselijk ware te achten – andere rechtsgevolgen zouden moeten worden verbonden.”

Het middel strandde dus omdat Kelly als eiseres in cassatie niet had aangegeven (lees: gesteld) dat, en in welke zin, het Duitse recht tot een andere oplossing zou dwingen dan het Nederlandse recht. Het middel voldeed volgens de Hoge Raad dus niet aan de daaraan te stellen vereisten. De motiveringsklacht strandde om dezelfde redenen. Daarnaast miste zij feitelijke grondslag:

“dat op grond van het vorenoverwogene de aan het slot van het onderdeel aangevoerde motiveringsklacht evenmin opgaat, terwijl deze klacht feitelijke grondslag mist, voor zover zij berust op de stelling dat K. in de vorige instanties op de toepasselijkheid van Duits recht op het door pp. overeengekomene beroep heeft gedaan.”

Jessurun d'Oliveira was in zijn proefschrift uiterst kritisch over deze uitspraak.⁸ De conflictregel is immers een tussenregel die niet zelf de uiteindelijke beslissing van het geschil brengt. Wanneer de conflictregel geschonden is, blijft er derhalve altijd een rechtsvraag te beantwoorden over. Pas als daadwerkelijk zou blijken dat het Duitse recht Kelly evenmin had kunnen baten, zou de zaak ten detrimente van haar mogen zijn beëindigd wegens een gebrek aan belang.

⁸ Jessurun d'Oliveira 1971, p. 249.

Niet lang na voorgaand arrest legde de Hoge Raad in 1967 in *Saladin/HBU*⁹ echter wederom een zekere stelplicht op de partij die zich beriep op vreemd recht. In dit geval had het Nederlandse Santon Holland N.V. een alleenverkooprecht verleend aan de heer Reich in Frankrijk voor stapelschakelaars. Op grond van artikel 8 van hun overeenkomst mocht Santon Holland de overeenkomst eenzijdig opzeggen, indien Reich de overeengekomen *targets* niet zou halen. Santon Holland maakte vervolgens gebruik van dat recht, stellende dat Reich in 1961 onder het overeengekomen minimum was gebleven. Reich bestreed dat evenwel. Zijn voornaamste verweer betrof de stelling dat twee facturen van 30 december 1960 bij de verkopen van 1961 moesten worden opgeteld. Naar Frans recht zou de verkoop namelijk pas voltooid zijn op het moment dat de betreffende goederen op 3 januari 1961 werden geleverd. De rechtbank ging evenwel uit van het Nederlandse recht en passeerde Reichs verweeren. Daarop ging Reich in appel. Hij formuleerde onder meer de grief dat het Franse recht van toepassing was en dat de relevante wetgeving steun zou geven aan zijn zienswijze. Het hof stelde in rechtsoverwegingen 15-17 door uitlegging van de overeenkomst echter voorop dat Reichs verweer hem niet kon baten. In rechtsoverweging 18 oordeelde het hof vervolgens:

“dat hieruit volgt, dat in het midden kan blijven of Frans dan wel Nederlands recht toepasselijk is, daar toepassing van Nederlands recht en toepassing van Frans recht gelijkelijk tot de conclusie moet leiden [...] dat niet van belang is de datum waarop de aflevering van de per 30 dec. 1960 gefactureerde goederen heeft plaats gevonden.”¹⁰

Deze lijn van redeneren komt mij, in ieder geval naar hedendaagse opvattingen, gekunsteld voor. Voor de uitleg van voornoemde litigieuze alleenverkoopovereenkomst zou het in theorie namelijk kunnen hebben uitmaken of het Franse recht wel of niet van toepassing was. Reich liet het er dan ook niet bij zitten en ging in cassatie. Daar formuleerde hij de klacht dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk was, aangezien hij in de eerste plaats juist had aangevoerd dat het verschil maakte welk recht werd toegepast en het hof in de tweede plaats niet behoorlijk was ingegaan op zijn stelling dat naar Frans recht de betreffende koopovereenkomsten pas in 1961 tot stand waren gekomen, namelijk op het moment dat de goederen waren afgeleverd. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee. Hij overwoog:

⁹ HR 19 mei 1967, NJ 1968, 35, m.nt. Bröring (*Saladin/HBU*).

¹⁰ R.o. 18.

“dat daarbij moet worden vooropgesteld, dat blijkens de rechtsoverwegingen 15, 16 en 17 het Hof, in cassatie onaantastbaar, heeft vastgesteld, door uitlegging van voormeld art. 8, dat ter bepaling van het moment van totstandkoming der 'ventes' beslissend zijn de tijdstippen waarop telkens in enig jaar de koopovereenkomsten tot stand kwamen door bemoeiingen van Reich waarbij — aldus het Hof — niet ter zake doet of in een in enig jaar gesloten koopovereenkomst eerst in het daarop volgende jaar door levering, op het tijdstip waarvan Reich geen invloed kon uitoefenen, geheel zou zijn afgewikkeld; dat daaruit volgt, dat, nu niet door Reich was gesteld, dat de desbetreffende bepalingen in het Franse recht van dwingende aard zijn, het Hof zich niet behoefde te begeven, gelijk het ook in rechtsoverweging 18 heeft overwogen niet te zullen doen, in de vraag, of met betrekking tot de totstandkoming van de 'ventes' te dezen Frans dan wel Nederlands recht toepasselijk was.”

Met Bröring vind ik het oordeel van de Hoge Raad opmerkelijk, nu het hof *in casu* kennelijk niet ambtshalve de toepasselijkheid en de aard van het vreemde recht had hoeven te onderzoeken.¹¹ Volgens Jessurun d'Oliveira zou uit deze uitspraak mogelijk zelfs kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad het kennelijk overbodig achtte voor de rechter om zich te verdiepen in de conflictregel en het daardoor aangewezen recht als niet bij voorbaat door een partij was gesteld dat zij belang zou hebben bij de uitkomst van dit onderzoek.¹²

Een soortgelijke redenering werd in 1996 ook gevolgd door het gerechtshof te 's-Gravenhage in *Skyron/Hel*.¹³ Het ging weer eens over een ongeluk op zee. *In casu* waren het Liberiaanse tankschip “Skyron” en het Poolse schip “Hel” op de Noordzee met elkaar in aanvaring gekomen. Daarbij was olie in het water gestroomd en de Nederlandse staat zette buiten de territoriale wateren materieel in ter bestrijding van de olievlek. Daarna vorderde de staat schadevergoeding van de eigenaren van beide schepen. In de procedure bij de rechtbank kwam de vraag naar het toepasselijke recht aan de orde. De rechtbank paste uiteindelijk het Nederlandse recht toe. Daartoe overwoog hij dat door een Nederlandse eiser een op Nederlands recht gebaseerde privaatrechtelijke vordering was ingesteld tegen twee buitenlandse gedaagden vanwege door de Nederlandse staat gemaakte kosten ter afwending van een (gestelde) bedreiging van de Nederlandse kust met olievervuiling, terwijl er tegenover deze aankno-

¹¹ Aldus Bröring in zijn noot onder *Saladin/HBU*.

¹² Jessurun d'Oliveira 1971, p. 258.

¹³ Hof 's-Gravenhage 26 juni 1996, *NIPR* 1997, 211 (*Skyron/Hel*).

gingspunten met de Nederlandse rechtssfeer geen relevante aanknopingspunten waren met een andere rechtssfeer. In appel stelde de eigenaar van de Skyron dat de rechtbank ten onrechte Nederlands recht had toegepast. Hij voerde daartoe aan dat er aanknopingspunten waren met het recht van Liberia, Polen, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en België doch dat de aanknopingspunten primair in Frankrijk en/of het Verenigd Koninkrijk moesten worden gezocht. Het hof oordeelde hierover dat voornoemde partij *“zelf duidelijke keuze doet voor één van de door haar genoemde rechtsstelsels noch aangeeft in welk opzicht toepassing daarvan tot een ander resultaat zou leiden.”* Het hof verenigde zich derhalve met de overwegingen van de rechtbank en verwierp het de grief.

Van voorgaande uitspraak maak ik nu een klein sprongetje in de tijd naar *Pauline Oliveiri* uit 1999.¹⁴ In deze zaak deed het schip *“Pauline Oliveiri”* de haven van San Juan (Puerto Rico) aan voor noodreparaties. Daarop stelde de reder dat er sprake was van averij-grosse en hij sprak de cognossementhouder (Glendale International AG) en de ladingassuradeur (Delta Lloyd Schadeverzekering NV) aan tot betaling van hun bijdrage in de geleden schade. Bij de beoordeling van deze vordering ging de rechtbank in navolging van partijen uit van het Engelse recht. In hoger beroep bestreden Glendale en Delta Lloyd evenwel de toepasselijkheid van dat recht. Het hof oordeelde:

“Uit de door partijen in eerste aanleg gewisselde conclusies blijkt dat beide partijen steeds zijn uitgegaan van de toepasselijkheid van Engels recht en dat zij zich op Engelse jurisprudentie hebben beroepen. Het oordeel is gerechtvaardigd dat daarin een rechtskeuze besloten is. Hetgeen Glencore en Delta Lloyd in hoger beroep omtrent (het ontbreken van) aanknopingspunten voor de toepasselijkheid van het Engelse recht hebben aangevoerd, doet daar niet aan af. Daar komt bij dat zij ook in hoger beroep niet hebben aangegeven welk recht zij dan wel op het onderhavige geschil toepasselijk achten en welke consequenties het buiten toepassing laten van Engels recht voor de in deze te nemen beslissing heeft.”

In dit geval mochten appellanten in het hoger beroep derhalve niet terugkomen op de keuze die zij in eerste aanleg hadden gemaakt voor Engels recht.¹⁵ Daarbij speelde voor het hof kennelijk mee dat appellanten in

¹⁴ Hof Amsterdam 18 maart 1999, *S&S* 2001, 40 (*Pauline Oliveiri*).

¹⁵ Voor het antwoord op de vraag of, en zo ja wanneer, men in appel mag terugkomen op een eerdere processuele keuze voor een specifiek rechtsstelsel verwijs ik naar voetnoot 119 bij het vorige hoofdstuk.

gebreke waren gebleven om aan te geven waarom zij belang hadden bij de toepassing van een ander recht.

Vervolgens wil ik stilstaan bij *Van Doorn/Erasmus c.s.* uit 2004 van het gerechtshof te 's-Gravenhage.¹⁶ Het ging hier om een vordering uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst voor fruit dat was bedorven als gevolg van de bewaarziekte bruin en hol. De rechtbank was bij de beoordeling van die vordering uitgegaan van Nederlands recht, omdat de toepasselijke algemene voorwaarden een rechtskeuzeclausule voor dit recht bevatte. In hoger beroep werd die rechtsaanwijzing evenwel aangevallen. Het Engelse recht zou namelijk van toepassing zijn, gezien de Special Cargo Clausule. Het hof was uiteindelijk van oordeel dat die clausule voor de onderhavige kwestie geen rol speelde, nog ervan afgezien dat niet was aangegeven "*in welk opzicht toepasselijkheid van Engels recht tot een andere uitleg [...] zou leiden dan Nederlands recht.*"

In *Lany Vision/K*¹⁷ uit 2007 moest het gerechtshof te Amsterdam de vraag beantwoorden of tussen partijen een mondelinge overeenkomst tot stand was gekomen, en zo ja, of deze overeenkomst was nagekomen. De rechtbank had in eerste aanleg geoordeeld dat in het midden kon blijven welk recht van toepassing was en had Nederlands recht toegepast. Appellante was het daarmee echter niet eens. Haars inziens was namelijk het recht van het Verenigd Koninkrijk (bedoeld is waarschijnlijk: Engeland) dan wel het recht van Zweden van toepassing, hetgeen zij in eerste aanleg kennelijk ook had betoogd. Zij griefde dan ook tegen het achterwege laten van enige rechtsaanwijzing door de rechtbank. Nu evenwel onvoldoende gesteld of gebleken was dat toepassing van Engels of Zweeds recht tot een ander oordeel zou leiden dan toepassing van Nederlands recht, had de rechtbank volgens het hof op goede grond geoordeeld dat in het midden kon blijven welk recht in dit geval toepasselijk was.

De processuele belangeneis komt ook geregeld terug in eerste aanleg, al is dat niet altijd even evident. Zo heeft de Rechtbank Rotterdam bijvoorbeeld geregeld de antikiesregel veronderstellenderwijs toegepast in situaties waarin partijen nalieten om aan te geven dat, en in welke zin, het verschil maakt welk recht wordt toegepast.¹⁸ De eerste uitspraak die ik in dit verband kort aanstip is van 10 december 1998.¹⁹ Onderwerp van ge-

¹⁶ Hof 's-Gravenhage 22 juni 2004, NIPR 2005, 141 (*Van Doorn/Erasmus c.s.*).

¹⁷ Hof Amsterdam 15 maart 2007, NIPR 2007, 290 (*Lany Vision/K.*).

¹⁸ Zie over het veronderstellenderwijs toepassen van de antikiesregel ook De Boer 2004, p. 234-235.

¹⁹ Rechtbank Rotterdam 10 december 1998, NIPR 2000, 116 (*CGM La Pérouse*).

schil was een vordering tot schadevergoeding. De vervoerder zou namelijk niet voldaan hebben aan zijn verplichting de door hem ten vervoer aangenomen goederen overeenkomstig de inhoud van het schone cognossement onbeschadigd ter bestemming af te leveren. In navolging van partijen oordeelde de rechtbank vervolgens dat deze vordering werd beheerst door Belgisch recht. Desondanks beoordeelde de rechtbank de vordering in eerste instantie aan de hand van het Nederlandse recht, omdat zij er voorshands van uitging dat laatstgenoemd recht op de relevante punten overeenkwam met het Belgische recht. Een tweede vonnis dat ik er hier uitlicht is van 11 november 1999.²⁰ In die zaak had de vervoerder een vordering ingesteld jegens haar beweerdelijke opdrachtgever voor het (weg)vervoer van een aantal containers gevuld met melkmidde-len. Laatstgenoemde partij betwiste evenwel dat de transporten in haar opdracht en voor haar rekening waren uitgevoerd. Hoewel het Russische recht eigenlijk van toepassing was op de vraag of er wel of geen overeenkomst tot stand was gekomen, paste de rechtbank simpelweg Nederlandse recht toe. Dit recht zou voor wat betreft de relevante punten namelijk niet afwijken van het Russische recht. Tot slot noem ik hier een vonnis van 23 maart 2000.²¹ In die zaak moest onder meer worden beoordeeld of eiseres de rechtsopvolgster was van een andere partij. Dit moest volgens de rechtbank worden onderzocht aan de hand van het recht van Australië, omdat eiseres aldaar statutair gevestigd was. De rechtbank ging er evenwel vanuit dat het Australische recht op de relevante punten niet wezenlijk zou verschillen van het Nederlandse recht. Dat recht werd dan ook toegepast en de zaak werd aan de hand van dat recht afgedaan. In alle drie de gevallen deed de rechter de zaak echter niet gelijk definitief af. Partijen werden namelijk nog in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over de aannahme van de rechtbank dat het Nederlandse recht niet wezenlijk zou afwijken van het eigenlijk toepasselijke vreemde recht. Men kan zich echter voorstellen dat de partij voor wie de zaak naar Nederlands recht gunstig leek af te lopen zich wat dat betreft weinig moeite zal getroosten. In geen geval zal zij (willen) betogen dat het vreemde recht tot andere conclusies zou kunnen leiden. In alle drie de zaken was het derhalve in feite aan de partij voor wie de zaak naar Nederlands recht slecht leek te verlopen om aan te tonen dat de toepassing van het vreemde recht tot een andere uitkomst zou leiden.²² Oftewel, zij moest maar aantonen dat er een belang bestond bij toepassing van dat recht. In voorgaande drie gevallen werd overigens nog wel eerst het meest geëigende recht vastgesteld. Dat is ook wel eens achterwege gelaten. Zo ging de

²⁰ Rechtbank Rotterdam 11 november 1999, *NIPR* 2000, 117 (*BTEA/Alpha Trading*).

²¹ Rechtbank Rotterdam 23 maart 2000, *NIPR* 2000, 122 (*BGP/Lehman*).

²² Zie ook Boonk 2005, p. 22-23.

Rechtbank Rotterdam er in haar vonnis van 10 juni 1999²³ simpelweg vanuit dat alle mogelijke toepasselijke rechtsstelsels op de relevante punten overeenkwamen met het Nederlandse recht, waarna zij de zaak ook inhoudelijk beoordeelde naar Nederlands recht. Ook in haar vonnis van 28 februari 2002²⁴ liet de Rechtbank Rotterdam in het midden welk recht van toepassing was en beoordeelde zij het geschil vooruitlopend op een eventueel conflictenrechtelijk debat naar Nederlands recht. In beide gevallen mochten partijen zich later nog wel uitlaten over het toepasselijke recht. Daarbij mochten zij aangeven waarin dat recht dan verschilde. Aldus moest de partij die de zaak naar Nederlands recht dreigde te verliezen wederom aantonen dat het meest geëigende recht tot een andere uitkomst zou leiden.

Tot slot bespreek ik hier een vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 26 maart 2014.²⁵ In die zaak moest de rechtbank onderzoeken of er wel of niet mocht worden geclaimd onder de gestelde bankgaranties. Partijen verschilden daarbij van inzicht over het toepasselijke recht. Eiseres stelde zich op het standpunt dat het geschil werd beheerst door Nederlands recht, terwijl gedaagde zich primair op het standpunt stelde dat Jemenitisch recht van toepassing was. Gedurende de mondelinge behandeling stelde de voorzitter van de rechtbank de vraag of er vanuit kon worden gegaan dat naar Jemenitisch recht dezelfde, althans geen zwaardere toets gold voor het afroepen van bankgaranties dan naar Nederlands recht. Die vraag werd door partijen niet expliciet ontkennend beantwoord. Daarop kapte de rechtbank de discussie over het toepasselijke recht af – zonder dat zij zelf dus ook maar enig onderzoek deed naar de inhoud van het Jemenitische recht – door te oordelen dat naar laatstgenoemd recht in ieder geval geen zwaardere eisen golden voor de rechtmatigheid van een uitbetaling onder een bankgarantie, zodat indien de rechtbank tot het oordeel zou komen dat naar Nederlands recht uitbetaling onder de bankgarantie zou mogen plaatsvinden, dit ook zou gelden naar Jemenitisch recht. Nu geen der partijen volgens de rechtbank kennelijk had gesteld dat de toepassing van Jemenitisch recht tot een andere uitkomst zou leiden, zag de rechtbank kennelijk geen reden om te onderzoeken welk recht eigenlijk van toepassing was. Zij paste eenvoudigweg het Nederlands recht toe.

Omdat de toepassing van het conflictenrecht en de vaststelling van de

²³ Rechtbank Rotterdam 10 juni 1999, *S&S* 2000, 86 (*Santorini I*).

²⁴ Rechtbank Rotterdam 28 februari 2002, *S&S* 2004, 30 (*Arjuna*).

²⁵ Rechtbank Amsterdam 26 maart 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:2451* (*Vanderlande/Yemen Bank*).

inhoud en werking van vreemd recht niet altijd eenvoudig is, sowieso een extra inspanning vergt van de rechter en partijen, vertragend kan werken en additionele kosten met zich kan brengen, is het om proceseconomische redenen niet verwonderlijk dat de rechtbanken geneigd zijn het conflictenrecht en het vreemde recht enkel toe te passen als het belang daarbij gebleken of gesteld is. Wordt er daarna in appel of cassatie geklaagd over de toepassing van het conflictenrecht dan hebben de hoven en de Hoge Raad die klacht naar is gebleken wel eens gepasseerd als de klagende partij verzuimde om aan te geven welk recht haars inziens zou moeten worden toegepast en waarom de toepassing van dat recht ook daadwerkelijk tot een ander resultaat zou leiden.

Ik ben evenwel geen voorstander van enige processuele belangeneis in het conflictenrecht. In de eerste plaats trekt zo'n belangeneis het recht namelijk in de richting van de feiten. De meest gerede partij moet immers stellen (en bij betwisting mogelijk zelfs voldoende aannemelijk maken) dat zij belang heeft bij de toepassing van een bepaald recht. De inhoud van het in te roepen recht wordt aldus tot voorwerp van een (gemotiveerde) stelplicht gemaakt, terwijl men in het Nederlandse civiele geding in het licht van artikel 24 Rv en artikel 25 Rv alleen een stelplicht kent ten aanzien van de feiten en enkele rechtsmiddelen.²⁶ In de tweede plaats gaat een belangeneis ten onrechte uit van de premisse dat alle rechtssystemen identiek zijn, waarbij het aan de meest gerede partij wordt gelaten om die premisse in het concrete geval te ontkrachten en het tegendeel gemotiveerd te stellen.²⁷ In de derde plaats brengt een belangeneis mee dat niet altijd het door ons conflictenrecht aangewezen recht (het meest geëigende recht) wordt toegepast. Dat is bezwaarlijk wanneer men voor ogen houdt dat het conflictenrecht niet beoogt om partijen rechten te ontzeggen die zij naar het eigenlijk toepasselijke recht wel hebben en het conflictenrecht partijen evenmin plichten wil opleggen die zij naar dat recht niet hebben. Dat kan evenwel gebeuren als een partij haar belang bij toepassing van het meest geëigende recht niet voldoende voor het voetlicht weet te brengen. Aldus wordt ook afbreuk gedaan aan het doel van het conflictenrecht. Tot slot sluit een belangeneis evenmin uit dat het conflictenrecht nodeloos wordt toegepast en dat een zinloos onderzoek wordt gedaan naar de inhoud van een vreemd recht. Zo kunnen partijen immers heel wel voldoen aan de geverge stelplicht, terwijl opvolgend rechterlijk onderzoek kan uitwijzen dat er geen belang bestond bij de toepassing van het conflictenrecht en het vreemde recht.²⁸ Een processue-

²⁶ In gelijke zin Jessurun d'Oliveira 1971, p. 303.

²⁷ Aldus tevens Jessurun d'Oliveira 1971, p. 303.

²⁸ Enzo Jessurun d'Oliveira 1971, p. 259.

le belangeneis in het conflictenrecht moet dan ook worden verworpen en het ambtshalve karakter van het conflictenrecht behoort in de praktijk niet langs die weg te worden ondermijnd. Een rechter mag het conflictenrecht en het vreemde recht zodoende niet weigeren toe te passen, althans buiten toepassing laten, omdat een partij onvoldoende voor het voetlicht zou hebben gebracht waarom zij belang zou hebben bij de toepassing van het ene of het andere recht.

Desalniettemin doen partijen er verstandig aan om aan te geven dat, en in welke zin, de toepassing van een ander recht tot een andere uitkomst leidt. Anders kan hen dat gezien het arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2015 inzake *ICL/Potasse* in ieder geval in cassatie wel degelijk opbreken.²⁹ In deze zaak had het hof geoordeeld dat het gezag van gewijsde aan een arbitraal vonnis ingevolge Nederlands procesrecht en het Verdrag van New York enkel toekomt aan beslissingen van een scheids-gerecht die gegrond zijn op zijn beoordeling van het geschil, terwijl de beslissing die onderwerp was van debat was gebaseerd op een schikking tussen partijen, om welke reden aan deze beslissing volgens het hof geen gezag van gewijsde toekwam. In cassatie betoogde ICL vervolgens dat de vraag of aan het arbitraal vonnis gezag van gewijsde toekomt naar Engels recht dient te worden beoordeeld omdat het arbitraal vonnis in Engeland was gewezen en dat de beslissing naar Engels recht wel gezag van gewijsde zou hebben. De Hoge Raad overwoog evenwel dat ICL geen belang had bij haar klacht, nu haar stellingen niet in hielden, laat staan dat zij op enige wijze had onderbouwd door overlegging van Engelse wetgeving, rechtspraak of literatuur, dat dit gezag van gewijsde zich naar Engels recht mede zou uitstrekken tot een aldus op een schikkingsregeling gebaseerde beslissing.

Een en ander laat onverlet dat een grief of cassatiemiddel kan stranden wegens gebrek aan belang als gegeven is dat de uitkomst van het geschil hoe dan ook niet verandert. Dat was bijvoorbeeld het geval in *Gustafsen q.q./Mosk*.³⁰ In dit geval ging het om de vraag of een curator in een buitenlands faillissement in Nederland de vernietiging en terugbetaling mocht vorderen van een betaling verricht vlak voor het faillissement. Volgens de Hoge Raad had de rechtbank het antwoord op die vraag ten onrechte gezocht in het territorialiteitsbeginsel. Een door een buitenlandse curator in Nederland ingestelde faillissements-Pauliana wordt in beginsel namelijk beheerst door de (buitenlandse) *lex concursus*, zij het met een voorbe-

²⁹ HR 16 oktober 2015, *ECLI:NL:HR:2015:3092 (ICL/Potasse)*.

³⁰ HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 316, m.nt. De Boer (*Gustafsen q.q./Mosk*).

houd in de sfeer van de voorzienbaarheid:³¹

“De eis van rechtszekerheid brengt namelijk mee dat rekening behoort te worden gehouden met de omstandigheid dat de in Nederland gevestigde wederpartij van de gefailleerde — de partij met wie de gefailleerde de door de curator aangevochten rechtshandeling heeft verricht — niet bedacht behoeft te zijn op een door regels van vreemd recht beheerste vordering tot vernietiging van de betrokken rechtshandeling, voor zover deze rechtshandeling zelf niet door dat recht wordt beheerst en vorenbedoelde regels minder strenge eisen stellen aan toewijzing van een dergelijke vordering dan het recht dat de aangevochten rechtshandeling beheerst (de 'lex causae'). De vordering dient dan ook, wanneer de lex causae een andere is dan de lex concursus, niet alleen aan deze laatste maar ook aan de lex causae te worden getoetst, zodat zij dan slechts toewijsbaar is indien zowel aan de eisen van de lex concursus als aan die van de lex causae is voldaan.”³²

Het middel was dan ook gegrond voor zover het klaagde over de onjuistheid van het oordeel van de rechtbank dat Nederlands recht op de onderhavige vordering moest worden toegepast op grond van het territorialiteitsbeginsel, maar het middel kon niet tot cassatie leiden. Dit wegens een gebrek aan belang:

“aangezien de toewijsbaarheid van de vordering blijkens het vorenoverwogene mede dient te worden getoetst aan het Nederlandse recht, meer in het bijzonder aan het bepaalde in art. 47F, en de Rechtbank, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld dat aan de door deze bepaling gestelde voorwaarden voor vernietiging van de door Gustafsen aangevochten rechtshandeling niet is voldaan.”³³

Verder zou een grief of cassatiemiddel kunnen stranden wegens een gebrek aan belang als gegeven is dat de uitkomst van het geschil hoe dan ook niet verandert doordat vaststaat dat de voor toepassing in aanmerking komende rechtssystemen allen tot dezelfde uitkomst leiden. Zo bevestigde A-G Vlas bijvoorbeeld in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 2015 in de interregionale zaak die

³¹ De Boer in punt 3 van noot onder voornoemd arrest.

³² R.o. 3.5.3.

³³ R.o. 3.6.

eerder aan de orde kwam in paragraaf 4.3.2.2(c)³⁴ dat het cassatiemiddel zijns inziens moest falen wegens een gebrek aan belang, omdat de voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels tot hetzelfde resultaat zouden leiden.

Als derhalve op enig moment in de procedure wordt vastgesteld dat de voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels identiek zijn, althans tot dezelfde uitkomsten leiden, is de toepassing van het conflictenrecht niet meer geboden. Het is namelijk verdedigbaar dat het niet tot de taak van de rechter behoort om het conflictenrecht en het vreemde recht nodeloos toe te passen. De toepassing van het conflictenrecht en het vreemde recht zijn immers geen doelen op zich. Zowel het conflictenrecht als het vreemde recht heeft namelijk slechts geldingspretentie voor zover zijn toepassing nodig is om het internationale rechtsverkeer te reguleren.³⁵ Anders kan men de antikiesregel benutten.³⁶

Bij de toepassing van de antikiesregel mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat de rechter een eigen taak heeft. Hij moet zich er namelijk zelfstandig van vergewissen dat de voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels identiek zijn, althans tot dezelfde uitkomst leiden,³⁷ hetgeen geïndiceerd is om te voorkomen dat partijen rechten worden ontzegd of plichten worden opgelegd die zij naar het door ons conflictenrecht aangewezen recht wel respectievelijk niet zouden hebben gehad. Het is dan ook niet geoorloofd om de antikiesregel toe te passen enkel op de grondslag dat onvoldoende gesteld of gebleken zou zijn dat toepassing van een vreemd recht tot een ander oordeel zou leiden dan de toepassing van Nederlands recht.³⁸ Daardoor zijn de toepassingsmogelijkheden van de antikiesregel echter wel beperkt. Meestal zal de antikiesregel namelijk pas kunnen worden toegepast nadat een (aanzienlijke hoeveelheid aanvullend) rechtsvergelijkend onderzoek is gedaan. Het is derhalve maar de vraag of het doelmatig is om af te wijken van het conflictenrechtelijke stramien, aangezien mag worden aangenomen dat een onderzoek naar alle betrokken rechtsstelsels veelal meer inspanning kost dan toepassing van de relevante conflictregel en het daardoor aangewezen recht. Bovendien kan het rechtsvergelijkend onderzoek voor niks zijn geweest als blijkt dat de voor toepassing in aanmerking komende rechts-

³⁴ HR 12 juni 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1525*.

³⁵ Zie onder meer paragraaf 3.5.2.

³⁶ Zie voor een recent gebruik van de antikiesregel bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, *NIPR* 2014, 164 (*Demec/Wemas*).

³⁷ Evenzo Strikwerda in punt 11 van zijn conclusie voor HR 28 januari 2005, *NJ* 2006, 469, m.nt. De Boer (*DIO/IMS*).

³⁸ HR 17 december 2010, *NJ* 2011, 8 alsmede *JOR* 2011, 53, m.nt. Hijink (*Nieuwburg/TMF*).

stelsels wel verschillen en tot andere uitkomsten leiden. Wat dat betreft is het Savigniaanse procedé, dat ten grondslag ligt aan ons huidige conflictenrecht, waarbij de inhoud van de voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels in beginsel niet van belang is en waarbij in veel gevallen slechts de inhoud van één rechtsstelsel hoeft te worden uitgediept zo onpraktisch nog niet. Desalniettemin zou de antikiesregel volgens Mostermans³⁹ en Vonken⁴⁰ wel bestaansrecht hebben om in lastige situaties conflictenrechtelijke complicaties te omzeilen.

5.4 Verdient een facultatief conflictenrecht dan steun?

Tegenover het ambtshalve conflictenrecht wordt veelal een facultatief conflictenrecht geplaatst. Daarvan is sprake als het conflictenrecht slechts wordt toegepast als minimaal één van de betrokkenen de vraag naar het toepasselijke recht impliciet of expliciet aan de orde stelt.⁴¹ Aldus wordt het conflictenrecht alleen toegepast als één van de partijen zich erop beroept dat vreemd recht van toepassing is,⁴² als gevolg waarvan het conflictenrecht een niet-verplichtend karakter krijgt.⁴³ De toepassing van het conflictenrecht is daarmee derhalve afhankelijk geworden van de wil van partijen.⁴⁴ In zijn meest zuivere vorm wordt onder een facultatief conflictenrecht dan ook een stelsel verstaan waarin bij gebreke van een beroep door een der partijen op vreemd recht, het conflictenrecht niet alleen buiten toepassing wordt gelaten, maar partijen daarop evenmin worden geattendeerd.⁴⁵ Hierna onderzoek ik of de huidige methode waarin wordt uitgegaan van een ambtshalve toepassing van het conflictenrecht zou kunnen worden vervangen door een facultatief conflictenrecht.

5.4.1 *Het facultatieve conflictenrecht is een processueel leerstuk*

De vraag welk recht moet worden toegepast kan zowel in als buiten rechte worden gesteld. De vraag naar het toepasselijke recht kan buiten rechte opkomen als een kwestie met internationale elementen zich aandient bij

³⁹ Mostermans 1996, p. 38-40.

⁴⁰ Asser/Vonken 10-I, 333.

⁴¹ Het Nederlandse conflictenrecht bevat met artikel 10:56 BW (inzake het recht dat van toepassing is op echtscheiding) in ieder geval een conflictregel die uitdrukkelijk is gebaseerd op de leer van het facultatieve conflictenrecht. Zie ook Vonken 2013, art. 10:2 BW, aant. 2.

⁴² Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8.

⁴³ Rapport Staatscommissie IPR, p. 14.

⁴⁴ Zie ook Mostermans 2004-I, p. 37.

⁴⁵ Van den Eeckhout 2008-II, p. 258.

bijvoorbeeld de notaris,⁴⁶ de ambtenaar van de burgerlijke stand⁴⁷ of de deurwaarder.⁴⁸ In het algemeen wordt aangenomen dat deze en andere functionarissen aan wie een (semi-)publieke taak is toegekend altijd vanuit hun eigen verantwoordelijkheid de vraag naar het toepasselijke recht moeten stellen en beantwoorden, ongeacht of die vraag is opgeworpen.⁴⁹ Gebruikelijk wordt het leerstuk van het facultatieve conflictenrecht dan ook als een procesrechtelijk leerstuk beschouwd.⁵⁰

5.4.2 *Een facultatief conflictenrecht en het feitelijke karakter van vreemd recht*

Binnen de Europese Unie kent men een facultatief conflictenrecht voor gerechtelijke procedures in staten met een *common law* achtergrond – zoals Cyprus,⁵¹ Ierland,⁵² Malta⁵³ en het Verenigd Koninkrijk⁵⁴ – alsmede Luxemburg.⁵⁵

Als voorbeeld van een facultatief conflictenrecht uit een staat met een *common law* achtergrond bespreek ik het Engelse stelsel, waarvan ik de ontstaansgeschiedenis reeds kort heb aangestipt in paragraaf 2.4.2. Vreemd recht wordt aldaar beschouwd als feit,⁵⁶ conflictregels hebben bij

⁴⁶ Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat een notaris wordt verzocht mee te werken aan de notariële vaststelling van een schulderkenning door een curator van een buitenlandse (rechts)persoon die failliet is verklaard. In dat geval kan men zich voorstellen dat de Nederlandse notaris moet controleren of de buitenlandse curator wel bevoegd is om de buitenlandse failliet te vertegenwoordigen. Dat kan onder omstandigheden weer meebrengen dat de notaris ook moet onderzoeken of het buitenlandse faillissement wel voor erkenning in Nederland in aanmerking komt. Zie wat dat betreft bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 16 november 2010, *ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9062* (*Yukos Finance c.s./Waaier*).

⁴⁷ Zo moet de ambtenaar van de burgerlijke stand bijvoorbeeld zelfstandig beoordelen welk recht van toepassing is op de erkenning van een kind.

⁴⁸ Wanneer de deurwaarder overgaat tot executie moet hij bijvoorbeeld zelfstandig beoordelen naar welk recht eventueel verschuldigde wettelijke rente moet worden berekend.

⁴⁹ Zie hieromtrent bijvoorbeeld ook De Boer 1999, p. 1423.

⁵⁰ Mostermans 2004, p. 38-39.

⁵¹ Zie verder Emilianides, p. 161 e.v.

⁵² Zie verder Kennedy, p. 231 e.v.

⁵³ Zie verder Camilleri & Borg, p. 265 e.v.

⁵⁴ Zie verder Crawford & Carruthers, p. 391 e.v.

⁵⁵ Zie verder Cuniberti & Rueda, p. 255 e.v.

⁵⁶ Vreemd recht wordt sinds *Parkasho v. Singh* [1968] P. 233 ook wel omschreven als “a question of fact of a peculiar kind”, aangezien het niet op dezelfde wijze wordt behandeld als normale feiten. Zo zijn appelrechters bijvoorbeeld wel genegen om een uitspraak te vernietigen wegens een onjuiste interpretatie van vreemd recht, terwijl zij de vaststelling van normale feiten door lagere rechters bijna niet aantasten.

wijze van uitgangspunt een aanvullend karakter⁵⁷ en vreemd recht moet in de regel voldoende gemotiveerd worden ingeroepen. Anders wordt het Engelse recht toegepast.⁵⁸ Ook wanneer partijen eerder een rechtskeuze hebben gemaakt. Doen partijen daarop namelijk geen beroep, dan past de Engelse rechter in beginsel zijn eigen materiële recht toe.⁵⁹ Wordt daarentegen wel een beroep gedaan op vreemd recht – en, althans, moet op grond van de relevante conflictregels ook vreemd recht worden toegepast – dan gaat de Engelse rechter niet zelf op zoek naar de inhoud en werking van het vreemde recht.⁶⁰ Het beginsel van *ius curia novit* geldt aldus niet. De sympathie voor die zienswijze is in Engeland reeds sinds lange tijd ingeburgerd, zoals onder meer blijkt uit het volgende citaat van Lord Langdale uit *Nelson v Bridport*⁶¹ uit 1845:

“With foreign laws an English judge cannot be familiar: there are many of which he must be totally ignorant: there is, in every case of foreign law, an absence of all the accumulated knowledge and ready associations which assist him in the consideration of that which is the English law, and of the manner in which it ought to be applied, in a given state of circumstances to which it is applicable. [...] The rule of English law, that no knowledge of foreign law is to be imputed to an English judge sitting in a Court of only English jurisdiction, is undoubtedly well founded.”

In beginsel is het vervolgens aan de partij die zich op vreemd recht beroept om dat recht te bewijzen.⁶² Er zijn echter ook een beperkt aantal uitzonderingssituaties, waarin de soep niet zo heet wordt gegeten. Men denke dan aan situaties waarin de wet dat zo bepaalt, partijen niet twisten over de inhoud van het vreemde recht of de inhoud van het vreemde recht moet worden beschouwd als een feit van algemene bekendheid.⁶³ Speelt er evenwel geen uitzondering, dan moet het vreemde recht onverkort worden bewezen.

Ter vervulling van voornoemde bewijsplicht kan niet worden volstaan

⁵⁷ McClean & Beevers, p. 10.

⁵⁸ Briggs 2014, p. 97.

⁵⁹ Aldus bijvoorbeeld *Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd* [1976] 1 WLR 676.

⁶⁰ Fentiman 1998, p. 65.

⁶¹ *Nelson v Bridport* (1845) 50 Eng. Rep. 207.

⁶² Enzo Clarkson & Hill, p. 46 alsmede Dicey, Morris & Collins, p. 318.

⁶³ Voor meer uitzonderingen verwijs ik naar Geeroms, p. 118-120 alsmede Dicey, Morris & Collins, p. 320-322.

met een verwijzing⁶⁴ naar de buitenlandse wettekst,⁶⁵ jurisprudentie⁶⁶ of passages uit boeken c.q. artikelen.⁶⁷ Hoofregel is namelijk dat vreemd recht dient te worden bewezen door middel van deskundigenbewijs.⁶⁸ Voornoemde bronnen dienen dan ook onder de aandacht van de rechter te worden gebracht als onderdeel van een deskundigenbericht.⁶⁹ In *MCC Proceeds Inc v Bishopgate Investment Trust Plc (No. 4)*⁷⁰ zijn de taken van de deskundige als volgt omschreven:

“(1) to inform the court of the relevant contents of the foreign law; identifying statutes or other legislation and explaining where necessary the foreign court’s approach to their construction; (2) to identify judgments or other authorities, explaining what status they have as sources of the foreign law; and (3) where there is no authority directly in point, to assist the English judge in making a finding as to what the foreign court’s ruling would be if the issue was to arise for decision there.”

Wordt het ingebrachte deskundigenbewijs niet betwist, dan kan de rechter dat bewijs niet snel naast zich neerleggen.⁷¹ Liggen er evenwel tegenovergestelde deskundigenberichten voor, dan moet de rechter een keuze maken. Hij kan dan één van de deskundigen volgen, beiden voor delen of beiden niet. Bij zijn keuzes mag een Engelse rechter zich ook laten leiden door eerdere Engelse uitspraken⁷² en door buitenlandse gerechtelijke beslissingen – voor zover die tenminste op de juiste wijze onder de aandacht van de rechter zijn gebracht – maar hij mag er ook van afwijken. Zo hoeft een rechter een uitspraak bijvoorbeeld niet te volgen als hij er door het andere overgelegde bewijs van overtuigd is geraakt dat zij onjuist is.⁷³ Het is in dit verband nog vermeldenswaardig dat Dicey, Morris & Collins met een verwijzing naar relevante jurisprudentie opmerken dat waar:

⁶⁴ Evenmin kan men volstaan met het citeren in processtukken van buitenlandse bronnen.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld *Buerger v New York Life Assurance Co* (1927) 96 LJKB 930.

⁶⁶ Aldus onder meer *Beatty v Beatty* [1924] 1 KB 807 en *Callwood v Callwood* [1960] AC 659.

⁶⁷ Dicey, Morris & Collins, p. 324.

⁶⁸ Aldus Hartley 1996, p. 283, Geeroms, p. 114, Cheshire, North & Fawcett, p. 113-114, Clarkson & Hill, p. 46, en Dicey, Morris & Collins, p. 319-323.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *MCC Proceeds Inc v Bishopgate Investment Trust Plc (No. 4)* [1999] CLC 417.

⁷¹ Zie onder andere *Sharif v Azad* [1967] 1 QB 605.

⁷² Ter vervulling van hun bewijsplicht mogen partijen zich dus ook beroepen op oudere Engelse uitspraken over hetzelfde onderwerp. Hoewel deze uitspraken in dat verband geen bindend precedent bieden, creëren zij wel een soort van weerlegbaar bewijsvermoeden. Zie wat dat betreft artikel 4 lid 2 van de Civil Evidence Act alsmede Cheshire, North & Fawcett, p. 114-115.

⁷³ Aldus bijvoorbeeld *Guaranty Trust Corp of New York v Hannay* [1918] 2 KB 623.

“foreign decisions conflict, the court may be asked to decide between them, even though in the foreign country the question still remains to be authoritatively settled.”⁷⁴

Slaagt men er niet in om de inhoud en werking van het vreemde recht te bewijzen, dan past de Engelse rechter zijn eigen materiële recht toe. De volgende passage uit *MCC Proceeds Inc v Bishopgate Investment Trust Plc* (No. 4)⁷⁵ is dan ook representatief voor de Engelse zienswijze:

“the evidence of expert witness is necessary for the court to find that foreign law is different from English law. In the absence of such evidence, or if the judge is unpersuaded by it, then he must resolve the issue by reference to English law, even if according to the rules of private international law the issue is governed by foreign law.”

In het licht van het voorgaande wordt in Engeland bij wijze van werkhypothese wel aangenomen dat vreemd recht gelijk is aan het Engelse recht totdat het tegendeel wordt bewezen.⁷⁶ Die presumptie is echter niet door iedereen onverdeeld positief ontvangen.⁷⁷ Niet in de minste plaats, omdat zij in veel gevallen niet aansluit bij de werkelijkheid. Het wordt door sommigen dan ook beter geacht om simpelweg te zeggen “*that English law is always the applicable law unless and until the relevant foreign law is proved.*”⁷⁸

Net als in Cyprus, Ierland, Malta en het Verenigd Koninkrijk is de rechter in Luxemburg in beginsel niet verplicht om zijn conflictenrecht toe te passen, tenzij één van de partijen vreemd recht inroept. Verder wordt vreemd recht in Luxemburg net als in voornoemde landen ook beschouwd als feit dat moet worden bewezen door de partij die het inroept,⁷⁹ met dien verstande dat de Luxemburgse rechter met behulp van de Europese Overeenkomst nopens inlichtingen over buitenlands recht eveneens zelfstandig informatie mag inwinnen.⁸⁰ Evenmin is een *ex officio* toepassing van vreemd recht uitgesloten:

“si le juge n’est pas tenu d’appliquer d’office la loi étrangère, il

⁷⁴ Dicey, Morris & Collins, p. 329.

⁷⁵ Zie noot 70.

⁷⁶ Crawford & Carruthers, p. 391.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld Dicey, Morris & Collins, p. 333.

⁷⁸ Clarkson & Hill, p. 47.

⁷⁹ Schockweiler & Wiwinius, p. 44.

⁸⁰ Cuniberti & Rueda, p. 257.

ne lui est pas interdit de l'appliquer, même au cas où les parties se sont abstenues d'en demander l'application, dès lors qu'il a une connaissance personnelle de la loi étrangère devant régir le litige.”⁸¹

Het gebeurt derhalve geregeld dat een Luxemburgse rechter ambtshalve vreemd recht toepast, vooral wanneer de staat en bekwaamheid van natuurlijke personen in het geding is.⁸² Daarbij valt kennelijk niet uit te sluiten dat men in Luxemburg opschuift naar het huidige Franse systeem,⁸³ dat in de volgende paragraaf nog kort aan de orde komt.

Dat brengt mij aan het einde van deze paragraaf op een ander land in de Europese Unie waar vreemd recht wordt beschouwd als feit: Spanje. Desalniettemin kent men daar formeel geen facultatief conflictenrecht. De rechter moet het conflictenrecht namelijk ambtshalve en aldus uit eigen beweging toepassen. De inhoud van het krachtens het Spaanse conflictenrecht toepasselijke vreemde recht moet echter wel worden bewezen. Lukt dat niet, dan wordt alsnog Spaans recht toegepast. Dat brengt mee dat de conflictregel en de toepassing van vreemd recht *de facto* een optioneel karakter hebben.⁸⁴

Cyprus, Ierland, Luxemburg, Malta, Spanje en de landen van het Verenigd Koninkrijk hebben allen gemeen dat vreemd recht daar niet wordt beschouwd als recht maar als feit, waarvan de inhoud moet worden gesteld en, indien nodig bewezen, gelijk andere feiten voldoende gemotiveerd naar voren moeten worden gebracht en bewezen. De keuze om vreemd recht in een gerechtelijke procedure te kwalificeren als feit en het (*de facto*) optionele karakter van het conflictenrecht zijn in voornoemde landen dan ook onverbreekelijk met elkaar verbonden.

5.4.3 *Een facultatief conflictenrecht en het juridische karakter van vreemd recht*

In Nederland wordt vreemd recht, het zij herhaald, niet beschouwd als feit maar als recht.⁸⁵ Voor Flessner⁸⁶ en andere voorstanders van een facultatief conflictenrecht was dat allesbehalve een onoverkomelijk obsta-

⁸¹ Cass. 7 juni 1969, *Pas. Lux.* 22, p. 39.

⁸² Schockweiler & Wiwinius, p. 43.

⁸³ Cuniberti & Rueda, p. 257.

⁸⁴ Aldus Iglesias c.s., p. 356-357.

⁸⁵ Zie paragraaf 4.4.

⁸⁶ Flessner moet met zijn baanbrekende artikel uit 1970 worden beschouwd als de protagonist van een facultatief conflictenrecht in continentaal Europa.

kel. Voor hen was de wil van partijen namelijk leidend. De grenzen van een facultatief conflictenrecht zouden derhalve worden gevonden waar misbruik zijn intrede doet,⁸⁷ partijen “*offensichtlich die Umgehung des sonst anwendbaren Rechts bezwecken*”⁸⁸ en zij aldus proberen “*mit Hilfe großzügiger Regeln der lex fori Ziele zu erreichen, die ihnen die an sich anwendbare Norm versagt, also bei Vorliegen von fraus legis*”.⁸⁹

Het probleem is alleen dat er kwesties zijn die niet ter vrije dispositie van partijen staan,⁹⁰ in welke gevallen het recht in volle omvang moet worden getoetst en waarbij geldt dat ook het conflictenrecht onverkort en ongeacht de proceshouding (de wil) van partijen moet worden toegepast.⁹¹ Aldus wordt de vraag relevant welke kwesties wel en welke kwesties niet ter vrije dispositie van partijen staan.

Die vraag speelt ook in arbitrage. Ingevolge artikel 1020 lid 3 Rv zijn namelijk alleen die kwesties vatbaar voor arbitrage waarvan de (overeenkomst tot) arbitrage niet leidt tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Om dit te beoordelen wordt elke kwestie – wanneer de plaats van arbitrage in Nederland ligt⁹² – door een Nederlandse bril bekeken.⁹³ Wat dat betreft wordt zonder meer aangenomen dat kwesties omtrent huwelijk, echtscheiding, de staat van personen, ouderlijk gezag en voogdij niet door middel van arbitrage kunnen worden beslecht. Huwelijksvermogenszaken en geschillen over partneralimentatie zijn daarentegen bijvoorbeeld wel vatbaar voor arbitrage, net als de meeste andere vermogensrechtelijke kwesties. Maar ook buiten het vermogensrecht wordt arbitrage wel mogelijk geacht.⁹⁴ Wat dat betreft kan bovendien worden gesteld dat steeds meer zaken arbitrabel worden gevonden,⁹⁵ al bestaat er ten aanzien van bepaalde kwesties nog steeds onduidelijkheid of discussie.⁹⁶

⁸⁷ Flessner 1970, p. 566 en p. 574 e.v., waarover ook Raape/Sturm, p. 306 e.v.

⁸⁸ Zweigert 1973, p. 445.

⁸⁹ Sturm 1981, p. 340.

⁹⁰ Zie hieromtrent ook paragraaf 4.2.3 en paragraaf 4.2.4.

⁹¹ Zie ook paragraaf 4.3.2.2(e).

⁹² Artikel 1020-1073 Rv is van toepassing als de plaats van arbitrage in Nederland ligt, waarover ook paragraaf 6.1.

⁹³ Zie hieromtrent nader paragraaf 6.2.

⁹⁴ Voor een nadere beschouwing over het leerstuk van de arbitrabiliteit vanuit een Nederlands oogpunt verwijs ik kortheidshalve naar de parlementaire geschiedenis – Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 3-4 en nr. 6 (MvA), p. 5-6 alsmede Kamerstukken 33 611, nr. 3 (MvT), p. 3-4 – en Snijders 2011, art. 1020 Rv, aant. 5.

⁹⁵ Snijders 2011, art. 1020 Rv, aant. 5.

⁹⁶ Bij ondernemingsrechtelijk geschillen ziet men in de rechtspraak bijvoorbeeld een terughoudende opstelling. Zie aldus bijvoorbeeld HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, m.nt.

Is een kwestie vatbaar voor arbitrage, zijn partijen ook rechtsgeldig arbitrage overeengekomen en wordt een arbitrage geëntameerd, dan komt het scheidsgerecht voor de vraag te staan welk recht op het materiële geschil van toepassing is. Artikel 1054 lid 2 Rv bepaalt vervolgens in de eerste plaats dat een eventuele rechtskeuze moet worden geëerbiedigd. Is er geen rechtskeuze gemaakt, dan moet het scheidsgerecht beslissen volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen.⁹⁷ Maar de Nederlandse arbitragewet bepaalt niet welke regelen des rechts het scheidsgerecht moet toepassen, dan wel hoe het toepasselijke recht moet worden bepaald. In geen geval zou het scheidsgerecht evenwel verplicht zijn om het Nederlandse conflictenrecht toe te passen.⁹⁸ Aldus zou het Nederlandse conflictenrecht in kwesties waarin rechtsgeldig voor arbitrage is gekozen in beginsel zijn verplichtende c.q. dwingende karakter verliezen.⁹⁹

Is arbitrage derhalve mogelijk omdat de voorliggende kwestie ter vrije beschikking van partijen staat – en vindt men het in dat geval niet bezwaarlijk dat het Nederlandse conflictenrecht niet wordt toegepast als de plaats van arbitrage in Nederland ligt – dan rijst onmiddellijk de vraag waarom het conflictenrecht geen facultatief karakter zou kunnen hebben bij gerechtelijke procedures ten aanzien van kwesties waarvan de rechtsgevolgen ter vrije keuze van partijen staan.¹⁰⁰

In andere Europese landen is een facultatief conflictenrecht voor kwesties die ter vrije dispositie staan van partijen overigens geen onbekend fenomeen. Zo bestaat er in Frankrijk bijvoorbeeld geen algemene plicht om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen.¹⁰¹ Uitgangspunt is aldaar dat een rechter het conflictenrecht in kwesties die ter vrije beschikking

Snijders (*Groenselect*), HR 26 november 2010, NJ 2011, 55, m.nt. Schilfgaarde (*Silver Lining*) en Hof Amsterdam 4 september 2014, ECLI: NL:GHAMS:2014:3738 (*Café Kobalt c.s.*), terwijl men in de literatuur wat dat betreft minder terughoudend is, waarover onder meer De Ly 2014-II, p. 122 e.v. Voor een meer rechtsvergelijkende beschouwing verwijs ik naar Pilar Perales Viscasillas, p. 274 e.v.

⁹⁷ Partijen kunnen het scheidsgerecht daarnaast ook opdragen om te oordelen als goede mannen naar billijkheid, waarover meer in paragraaf 6.4.1.

⁹⁸ Aldus uitdrukkelijk Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 23 en in gelijke zin onder meer Sillevius Smitt, p. 166 alsmede Meijer 2011, p. 357.

⁹⁹ In paragraaf 6.7 kom ik daar nog op terug. Daar bespreek ik ook de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006 en een aantal buitenlandse arbitragewetten.

¹⁰⁰ Te meer, daar iedere partij de rechter nog steeds kan verplichten om zijn conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht toe te passen, simpelweg door het conflictenrechtelijke debat te openen. Zie hierover nader paragraaf 5.4.5.

¹⁰¹ Geeroms, p. 60.

staan van partijen – het gaat dan om zogenaamde “*droits disponibles*”¹⁰² – alleen mag toepassen als één van de partijen de rechter daarom expliciet verzoekt.¹⁰³ Dat is gevestigde rechtspraak sinds 26 mei 1999, toen de *Cour de cassation* op dezelfde dag twee uitspraken wees.¹⁰⁴ In de ene uitspraak – *Mutuelle du Mans*¹⁰⁵ – oordeelde de hoogste Franse rechter dat een rechter niet verplicht is om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen als er “*droits disponibles*” in het geding zijn, waarbij irrelevant is of de relevante conflictregels voortspuiten uit een internationale rechtsbron of niet. Het enkele feit dat een conflictregel bijvoorbeeld is neergelegd in een verdrag zou namelijk niet automatisch meebrengen dat hij niet buiten toepassing kan worden gelaten.¹⁰⁶ In de andere uitspraak – *Belaid*¹⁰⁷ – oordeelde de *Cour de cassation* dat de plicht om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen wel onverkort geldt in kwesties waarin geen “*droits disponibles*” in het geding zijn. Heeft een rechter zijn conflictenrecht eenmaal toegepast en vreemd recht van toepassing verklaard, dan moet hij de inhoud en werking van dat vreemde recht zelf vaststellen, eventueel met behulp van partijen en eventueel door middel van persoonlijk onderzoek, ongeacht de aard van het geschil.¹⁰⁸ Net als in Frankrijk moeten partijen bijvoorbeeld ook in Denemarken, Finland en Zweden de toepassing van vreemd recht bij wijze van vuistregel bepleiten in kwesties die tot hun vrije dispositie staan.¹⁰⁹ Anders past de rechter de *lex fori* toe. Gaat het daarentegen om een kwestie die niet ter vrije beschikking van partijen staat, dan moet de rechter zijn conflictenrecht wel ambtshalve toepassen.¹¹⁰ De rechter kan vervolgens de hulp van partijen inroepen wanneer hij niet in staat is om de inhoud van het vreemde recht vast te stellen.¹¹¹

¹⁰² De vraag of het gaat om “*droit disponibles*” moet worden beantwoord aan de hand van de *lex fori*, aldus Mayer & Heuzé, p. 116. Voor de vraag wat naar Frans recht “*droit disponibles*” zijn, verwijs ik naar het proefschrift van Fauvarque-Cosson uit 1996, Hartenstein, p. 44 en p. 100 e.v. alsmede Fulli-Lemaire & Rojas Tamayo, p. 187.

¹⁰³ Fulli-Lemaire & Rojas Tamayo, p. 189.

¹⁰⁴ De koers van de *Cour de cassation* was tot 1999 overigens allesbehalve rechtlijnig. Ik verwijs wat dat betreft onder meer naar Hartley 1996, p. 278-282, Hartenstein, p. 42 e.v. alsmede Geeroms, p. 64 e.v.

¹⁰⁵ Cass. 1e Civ. Fr. 26 mei 1999, 1999 *Bull. Civ. I*, No. 172, 113 (*Mutuelle du Mans*).

¹⁰⁶ Tot *Mutuelle du Mans* werd daarentegen algemeen aangenomen dat conflictregels met een verdragsrechtelijke basis wel ambtshalve moesten worden toegepast.

¹⁰⁷ Cass. 1e Civ. Fr. 26 mei 1999, 1999 *Bull. Civ. I*, No. 174 (*Belaid*).

¹⁰⁸ Aldus volgt uit Cass. Com. Fr. 28 juni 2005, *Rev. crit. dr. int. priv.* 2005, 645 (*Itraco*), Cass. 1e Civ. Fr. 28 juni 2005, *Rev. crit. dr. int. priv.* 2005, 645 (*Aubin*), Cass. 1e Civ. Fr. 11 februari 2009, 2009 *Bull. Civ. I*, 125 alsmede Cass. 1e Civ. Fr. 11 februari 2009, 2009 *Bull. Civ. I*, 127, waarover ook Fulli-Lemaire & Rojas Tamayo, p. 190.

¹⁰⁹ Zie hierover Esplugues 2011, p. 21 alsmede Jänträ-Jareborg, p. 229 en p. 277-280.

¹¹⁰ Ervo c.s., p. 329.

¹¹¹ Ervo c.s., p. 330-331.

Bij een facultatief conflictenrecht behoort de vrijheid van partijen ten aanzien van kwesties die tot hun vrije dispositie staan naar mijn mening desondanks niet absoluut te zijn. Ook wanneer partijen het conflictenrechtelijke debat namelijk gesloten houden – doordat geen van hen zich impliciet of expliciet op vreemd recht beroept – zie ik namelijk drie situaties waarin de rechter toch nog ambtshalve zou moeten kunnen ingrijpen.¹¹² Alsdan kan het zijn dat alsnog vreemd recht moet worden toegepast.¹¹³

In de eerste situatie wijzen alle aanknopingspunten naar één en dezelfde vreemde staat. Dan wordt de rechter in wezen geconfronteerd met een pure buitenlandse situatie en het meest geëigende recht is in zo'n geval het recht van de staat waarmee de kwestie uitsluitend is verbonden. Omdat vluchten uit voornoemd recht met een terzijdestelling van dwingendrechtelijke bepalingen uit dat recht met behulp van een rechtskeuze voor een ander recht zoveel mogelijk moeten worden voorkomen,¹¹⁴ zou ik menen dat de Nederlandse rechter de *lex fori* in dit soort gevallen niet onverkort mag toepassen.¹¹⁵ Ligt aan de kwestie een verbintenis uit overeenkomst of een niet-contractuele verbintenis ten grondslag, dan bepalen artikel 3 lid 3 Rome I respectievelijk artikel 14 lid 2 Rome II bij wijze van compromis dat een rechtskeuze voor een vreemd recht in een pure nationale situatie wel mag, maar dat zo'n rechtskeuze er niet toe kan leiden dat bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken buitenspel worden gezet.¹¹⁶ Aldus is een materieelrechtelijke rechtskeuze wel mogelijk, maar een conflictenrechtelijke rechtskeuze niet.¹¹⁷ Zodoende kan zo'n rechtsverhouding worden beheerst door een mix van rechtstelsels.¹¹⁸ Om te voorkomen dat de voorliggende kwestie niet mede zou worden beoordeeld aan de hand van de dwingendrechtelijke bepalingen uit het meest geëigende recht en om aldus te voorkomen dat vluchten uit

¹¹² Vergelijk ook paragraaf 4.3.2.2(e), waar ik heb betoogd dat er ook aanzien van kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan nog conflictregels kunnen worden aangewezen die processueel van openbare orde zijn.

¹¹³ Doet geen van deze uitzonderingen zich voor, dan hoeft de rechter bij verstekzaken zijn conflictenrecht wanneer dat een facultatief karakter zou hebben naar mijn mening niet toe te passen. Als de gedaagde namelijk niet verschijnt – hoewel hij wel op behoorlijke wijze was opgeroepen – is de toepassing van de *lex fori* naar mijn mening namelijk een risico dat hij op de koop toe heeft te nemen als de eiser het conflictenrechtelijke debat in het inleidende processtuk niet heeft geopend.

¹¹⁴ In gelijke zin Ferrari 2012, p. 48.

¹¹⁵ De Nederlandse rechter kan bijvoorbeeld worden aangezocht op grond van een (stilzwijgende) forumkeuze of als *forum necessitatis* dan wel *forum arresti*.

¹¹⁶ Zie onder meer Asser/Kramer & Verhagen 10-III, 750 e.v. en 1104 e.v.

¹¹⁷ Aldus Pontier, 2009, p. 172-173 respectievelijk Strikwerda 2015-II, p. 132-136.

¹¹⁸ Von Hein 2011, p. 551.

het meeste geëigende recht bij een facultatief conflictenrecht wel mogelijk zou zijn, is verdedigbaar dat de rechter ook bij een facultatief conflictenrecht een platform moet scheppen om te verhinderen dat de dwingend-rechtelijke bepalingen uit het meest geëigende recht door middel van een rechtskeuze voor een ander recht buiten de rechtsstrijd kunnen worden gehouden.

In het tweede geval kunnen de grenzen van een facultatief conflictenrecht naar mijn mening worden bereikt wanneer er (functionele) verwijzingsregels in het geding zijn die de zwakker geachte partij trachten te beschermen.¹¹⁹ Dat speelt bijvoorbeeld bij een consumentenovereenkomst in de zin van artikel 6 Rome I en een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 8 Rome I.¹²⁰ Partijen mogen uit hoofde van die bepalingen wel een rechtskeuze maken, maar die rechtskeuze mag er niet toe leiden dat de consument respectievelijk de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de bepalingen uit het objectief toepasselijke recht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.¹²¹ Zodoende wordt de zwakkere partij een zekere conflictenrechtelijke bescherming geboden, mede om te voorkomen dat zij zich gezien haar ogenschijnlijk zwakkere onderhandelingspositie al te gemakkelijk verbindt aan een rechtskeuze waarvan zij de gevolgen mogelijk niet kan overzien. Op deze wijze wordt derhalve getracht te verhinderen dat zwakkere partijen door een rechtskeuze worden gepiepeld. Aldus ligt aan dit soort verwijzingsregels een maatschappelijk uitgangspunt ten grondslag, dat naar mijn mening van zo'n substantieel gewicht is dat de bescherming ervan te allen tijde moet worden toevertrouwd aan de rechter. Anders zou de zwakkere partij in een onoplettend ogenblik (hangende een gerechtelijke procedure) namelijk zijn bescherming kunnen verliezen.¹²² Zodoende zal een rechter het naar mijn mening ook bij een facultatief conflictenrecht daarheen moeten geleiden dat de dwingendrechtelijke beschermingsbepalingen uit het objectief toepasselijke recht kunnen worden toegepast.

In de derde plaats kunnen de grenzen van een facultatief conflictenrecht naar mijn mening worden bereikt als buitenlandse voorrangsregels tot toepassing nopen, omdat de belangen van een vreemde staat in het geding zijn en waarborging verdienen.¹²³ Het idee dat derdelandsvoor-rangsregels eveneens voor kunnen gaan op een regel uit het meest geëi-

¹¹⁹ Waarover bijvoorbeeld Wojewoda, p. 183 e.v.

¹²⁰ Zie hierover uitgebreid Ferrari/Staudinger, p. 149 e.v. alsmede p. 219 e.v.

¹²¹ Zie ook HvJEU 15 maart 2011 (C-29/10), *NJ* 2011, 246, m.nt. Polak (*Koelzsch/Luxemburg*).

¹²² Dat speelt natuurlijk des te meer in zaken waarin partijen zonder advocaat procederen.

¹²³ Zie daarover ook paragraaf 3.5.3.4.

gende recht is in het Nederlandse internationaal privaatrecht geïntroduceerd in *Alnati*,¹²⁴ maar is internationaal gezien niet onomstreden.¹²⁵ Nederland kent met artikel 10:7 lid 3 BW een betrekkelijk ruime regeling. Ook het EVO kende met artikel 7 lid 1 een ruime regeling.¹²⁶ Uit hoofde van die bepalingen kan namelijk gevolg worden toegekend aan alle bepalingen van bijzonder dwingend recht van een vreemde staat waarmee het geval nauw verbonden is. Artikel 9 lid 3 Rome I heeft ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomsten daarentegen een wat beperktere reikwijdte.¹²⁷ In alle gevallen moet de rechter bij de beslissing of aan voorrangregels gevolg dient te worden toegekend evenwel rekening houden met hun aard en strekking alsmede met de gevolgen die uit het toepassen of het niet toepassen van deze regels zouden voortvloeien.¹²⁸ Daarbij moet worden opgemerkt dat de Nederlandse rechter in dit verband formeel niet gebonden is aan buitenlandse *scope rules*. De Nederlandse rechter moet namelijk zelfstandig onderzoeken¹²⁹ of de regel waarop de buitenlandse reikwijdteregel ziet ook daadwerkelijk als een voorrangregel moet worden aangemerkt en zelfstandig beoordelen in hoeverre daaraan gevolg moet worden toegekend.¹³⁰ Gaat het vervolgens

¹²⁴ HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3, m.nt. Bröring (*Alnati*).

¹²⁵ Wat dat betreft moet nog worden opgemerkt dat Artikel 17 Rome II bepaalt: “*Bij de beoordeling van het gedrag van de persoon wiens aansprakelijkheid in het geding is, moet feitelijk en in passende mate rekening worden gehouden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht zijn op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt.*” Daardoor zou kunnen worden verdedigd dat deze veiligheidsvoorschriften en gedragsregels kwalificeren als (species van) voorrangregels, aldus Van der Plas 2010, p. 423. Zie hieromtrent ook Asser/Vonken 10-I, 341, waar wordt gesteld dat vanuit rechtsvergelijkend oogpunt bezien er een *communis opinio* bestaat dat het bij deze plaatselijke regels niet handelt om een specifiek conflictenrechtelijke rechtsvraag die afzonderlijk aangeknoopt moet worden, maar slechts om gedragsregels die als feitelijk gegeven dienen te worden geïncorporeerd bij de toepassing van het toepasselijke aansprakelijkheidsrecht.

¹²⁶ Zie daarnaast artikel VIII(2)(b) van de Overeenkomst betreffende het Internationaal Monetair Fonds, artikel 16 van het Haags Vertegenwoordigingsverdrag 1978 en artikel 16 van het Haags Trustverdrag 1985

¹²⁷ Uit hoofde van artikel 9 lid 3 Rome I mag een rechter slechts gevolgen toekennen aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, voor zover die bepalingen van bijzonder dwingend recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken.

¹²⁸ In dat verband past ook het volgende citaat van Reimann 1995, p. 30, waar hij stelt: “*When properly used, the doctrine of mandatory rules [...] serves as a means to exercise comity and to strengthen the cooperation among nations through mutual assistance in the enforcement of especially vital policies.*”

¹²⁹ Daarbij moet worden opgemerkt dat het in veel gevallen allesbehalve eenvoudig is om vast te stellen of een regel moet worden gekwalificeerd als een voorrangregel of niet, waarover ook Van de Plas 2010, p. 422 en p. 424-425, Bermann 2011, p. 7 alsmede Buxbaum, p. 37-38.

¹³⁰ Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 16-17.

om een buitenlandse voorrangsregel die vanuit sociaal, economisch, cultureel of politiek oogpunt voor die vreemde staat van zo'n vitaal belang is dat die regel in internationale rechtsverhoudingen om onverkorte toepassing vraagt en leent de betreffende buitenlandse regel zich in het voorliggende geval ook daadwerkelijk voor toepassing,¹³¹ dan kan de rechter die regel naar mijn mening ook bij een facultatief conflictenrecht ambtshalve toepassen.

5.4.4 *Een tussenstand: het facultatief conflictenrecht is geen vreemde eend in de bijt*

In het licht van de voorgaande twee paragrafen kan worden geconcludeerd dat Nederland, wanneer alhier een facultatief conflictenrecht zou worden ingevoerd, allesbehalve uit de pas zou lopen ten opzichte van andere Europese landen. Net als bijvoorbeeld in Frankrijk, Denemarken, Finland en Zweden kan een facultatief conflictenrecht naar mijn idee evenwel slechts mogelijk zijn voor kwesties waarvan de rechtsgevolgen ter vrije keuze van partijen staan. Bovendien worden de grenzen van een facultatief conflictenrecht bereikt wanneer één van voornoemde uitzonderingssituaties zich voordoet. In die gevallen moet de rechter zijn conflictenrecht namelijk ambtshalve toepassen, ook al openen partijen het conflictenrechtelijke debat niet. De meeste kwesties staan evenwel ter vrije dispositie van partijen en slechts in een overzichtelijke minderheid van de gevallen zal één van de hiervoor weergegeven uitzonderingen zich voordoen, zodat de *lex fori* veelal zal kunnen worden toegepast als de vraag naar het toepasselijke recht in een gerechtelijke procedure niet wordt ontsloten door partijen.

5.4.5 *Het facultatief conflictenrecht in een gerechtelijke procedure*

In een gerechtelijke procedure kunnen partijen hun zaak bepleiten aan de hand van verschillende rechtsstelsels, uitgaan van hetzelfde niet-forale recht of de *lex fori*, dan wel de vraag naar het toepasselijke recht onbesproken laten. In een aantal van deze situaties maakt het geen verschil of men een facultatief of een ambtshalve conflictenrecht verdedigt. In andere situaties juist wel. Daar sta ik in deze paragraaf bij stil.

Zo maakt het niet uit of men een facultatief of een ambtshalve conflictenrecht propageert in situaties waarin partijen van mening verschillen over

¹³¹ Zie bijvoorbeeld Kunda, p. 207 e.v., Van der Plas 2010, p. 424-426 en Hauser, p. 117-122, voor de toets die de rechter moet aanleggen wanneer hij voor de keuze staat of hij gehoor zal geven aan de geldingspretentie van de vreemde voorrangsregel.

het toepasselijke recht en zij het conflictenrechtelijke vraagstuk in een gerechtelijke procedure ontsluiten. In dat geval moet de rechter namelijk een knoop doorhakken. Dat kan hij in alle gevallen slechts aan de hand van zijn eigen conflictenrecht.

Daarnaast kunnen partijen natuurlijk ook uitgaan van hetzelfde niet-forale recht. Dan is de vraag naar het toepasselijke recht in wezen niet langer onderdeel van het partijdebat.¹³² Wel zijn partijen dan kennelijk genegen om het debat te onttrekken aan de *lex fori*. Het behoort gezien het soevereiniteitsbeginsel echter tot het prerogatief van de wetgever om indachtig het doel van het internationaal privaatrecht en met inachtneming van internationale en communautaire rechtsbronnen dwingend te bepalen wanneer de toepassing van de *lex fori* achterwege mag blijven. Ongeacht het karakter van het conflictenrecht zal de rechtbank dus iedere keer weer opnieuw moeten bepalen of een (processuele) rechtskeuze voor vreemd recht kan worden gehonoreerd, tenzij zou mogen worden aangenomen dat partijen met het voorbijgaan van de relevante conflictregel(s) gezamenlijk zouden mogen opteren voor de toepassing van een niet-foraal recht.

Dat brengt mij op de situatie waarin partijen gedurende de procedure expliciet of impliciet uitgaan van de toepasselijkheid van de *lex fori*. Dan wordt het conflictenrechtelijke debat door partijen niet ontsloten. Zou men vervolgens aannemen dat de voor de voorliggende kwestie relevante conflictregel of -regels facultatief van aard zijn, omdat de rechtsgevolgen ter vrije keuze van partijen staan en geen van de eerder genoemde uitzonderingen zich voordoet, dan mag de rechter die conflictregel(s) niet toepassen – ook al hebben partijen de conflictenrechtelijke aspecten van de voorliggende kwestie niet onderkend – aangezien het conflictenrecht in dit geval een niet-verplichtend karakter heeft en het buiten de grenzen van de rechtsstrijd is geplaatst. Aldus blijft het conflictenrecht buiten toepassing en moet de *lex fori* worden toegepast.¹³³ Bij een ambtshalve conflictenrecht is dat laatste overigens niet anders in situaties waarin (i) een processuele keuze voor de *lex fori* is toegelaten, (ii) de keuze voor de *lex fori* voldoende duidelijk blijkt, (iii) partijen de conflictenrechtelijke aspecten in de voorliggende zaak hebben onderkend en (iv) partijen

¹³² Zie hieromtrent in meer detail paragraaf 4.3.1.

¹³³ Stel bijvoorbeeld dat de bevoegdheid tot verrekening niet berust op een overeenkomst en dat partijen de vraag of verrekening mogelijk is beantwoorden aan de hand van het Nederlandse recht, dan moet dat recht worden toegepast, ongeacht het recht dat ingevolge artikel 17 Rome I toepasselijk is.

daadwerkelijk hebben beoogd een keuze te doen voor dat recht.¹³⁴ In de praktijk wordt evenwel al snel een rechtskeuze voor het forale recht aangenomen als partijen hun zaak bepleiten aan de hand van dat recht.¹³⁵ Zo wordt een rechtskeuze veelal voldoende duidelijk geacht als partijen zich expliciet beroepen op Nederlandse wetbepalingen en/of jurisprudentie.¹³⁶ Waarom er sprake zou zijn van een voldoende duidelijk en bewuste rechtskeuze wordt vaak niet (heel uitvoerig) gemotiveerd.¹³⁷ In ieder geval blijkt meestal niet uit de uitspraak of is geverifieerd of partijen zich bewust waren van het conflictenrechtelijke speelveld.¹³⁸ Verder gebeurt het geregeld dat rechters er tijdens mondelinge behandelingen bij partijen op aandringen om alsnog (expliciet) te kiezen voor Nederlands recht.¹³⁹ Bovendien komt het voor dat partijen bij tussenvonnis worden uitgenodigd om alsnog een rechtskeuze te doen voor het eigen recht.¹⁴⁰ Ook willen rechters de antikiesregel wel eens veronderstellenderwijs toepassen en/of het conflictenrecht, althans het vreemde recht, buiten beschouwing laten wegens een beweerdelijk gebrek aan belang.¹⁴¹ De Boer meent dan ook dat de rechtspraktijk niet veel van buitenlands recht moet hebben.¹⁴² Zodoende zou overigens ook kunnen worden betoogd dat het ambtshalve conflictenrecht in de praktijk reeds onder druk staat

¹³⁴ Eis (iii) en (iv) zijn belangrijk omdat een veronderstelde rechtskeuze moet worden voorkomen. Zie daarover onder meer het Rapport Staatscommissie IPR, p. 66-67 alsmede Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 20, paragraaf 4.3.1 en paragraaf 6.7.2.

¹³⁵ Zie onder meer Boonk 2005, p. 27-29, De Heer, p. 146 e.v. en Bertrams & Kruisinga, p. 20-21.

¹³⁶ Aldus bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 16 februari 2011, *NIPR* 2011, 382 (*JAS/Distribrands*), Rechtbank Arnhem 26 september 2012, *NIPR* 2012, 457 (*Transfennica/A.*), Rechtbank Amsterdam 29 mei 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1411* (*Wincanton/StAK FPH*) en Rechtbank Amsterdam 11 februari 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:651* (*Yukos International/Rosneft c.s.*). Vergelijk daarentegen Rechtbank Zutphen 17 december 2008, *NIPR* 2009, 24 (*Worldwide Advisors/Champcar*), waar de rechtbank oordeelde dat een verwijzing door partijen naar de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet voldoende was voor het aannemen van een rechtskeuze.

¹³⁷ Zie ook Joustra 1997, p. 233. Vergelijk evenwel Rechtbank Zutphen 15 augustus 2012, *NIPR* 2012, 463 (*Ingosur/VDC c.s.*) en Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:8186*. In de eerste zaak zette de rechtbank bijvoorbeeld uitdrukkelijk uiteen dat, en waarom, kon worden uitgesloten dat partijen zich niet bewust waren van de mogelijke toepasselijkheid van een ander recht.

¹³⁸ In appel kan men dan meestal alsnog de toepasselijkheid van een ander recht bepleiten. Zie wat dat betreft ook noot 119 bij hoofdstuk 4.

¹³⁹ Enzo Bertrams & Kruisinga, p. 20.

¹⁴⁰ Aldus bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 november 1996, *NIPR* 1997, 104 (*Scherpenzeel/Van der Heyden*), Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2002, *NIPR* 2002, 205 (*Pennings/Pegri*) en Rechtbank Haarlem 9 juli 2002, *NIPR* 2002, 258 (*Domnick Hunter Limited/Twin Filter*).

¹⁴¹ Zie paragraaf 5.3.

¹⁴² De Boer 2004, p. 243.

ten faveure van een *lex fori* benadering.¹⁴³

Zo kom ik aan het einde van deze paragraaf op de situatie dat partijen de vraag naar het toepasselijke recht onbesproken hebben gelaten en het conflictenrechtelijke debat aldus niet is ontsloten. Voor kwesties ten aanzien waarvan het conflictenrecht een facultatief karakter draagt, moet het conflictenrecht vanwege zijn niet-verplichtende karakter vervolgens buiten toepassing blijven, met als gevolg dat er geen conflictregel kan worden toegepast op basis waarvan zou mogen worden geconcludeerd dat de *lex fori* moet wijken ten faveure van vreemd recht, zodat de *lex fori* moet worden toegepast. Zou men daarentegen een ambtshalve conflictenrecht voorstaan, dan moeten de rechtbanken in dit soort gevallen juist het conflictenrecht toepassen.¹⁴⁴

5.4.6 *Mogelijke voordelen van een facultatief conflictenrecht*

Het grootste voordeel van een facultatief conflictenrecht is dat partijen in beginsel zelf in de hand hebben of vreemd recht wordt toegepast of niet. Gaat het namelijk om een kwestie die tot hun vrije dispositie staat, speelt er geen uitzonderingssituatie en stelt geen der partijen dat vreemd recht van toepassing is – althans bepleit één der partijen haar zaak niet aan de hand van een vreemd rechtsstelsel – dan past de rechter de *lex fori* toe.¹⁴⁵ Dat scheelt een hoop gedoe en procedures kunnen sneller verlopen.¹⁴⁶ Vanuit proceseconomisch en kostentechnisch oogpunt valt er derhalve veel te zeggen voor een facultatief conflictenrecht.¹⁴⁷

Als het gaat om de toepassing van buitenlands recht is de rechter bovendien geen ervaren professional, maar een dilettant¹⁴⁸ of een beginne-

¹⁴³ De Boer 2004, p. 243 e.v. Zie ook Snijders/Wendels, p. 234, waar wordt gesteld dat de praktijk een begrijpelijke voorkeur laat zien voor de *lex fori*.

¹⁴⁴ Zie hieromtrent paragraaf 4.3.1.

¹⁴⁵ Gezien het niet-verplichtende karakter van het conflictenrecht verifieert de rechter, het zij herhaald, dus niet of partijen de conflictenrechtelijke aspecten van de voorliggende kwestie wel hebben onderkend, laat staan dat hij onderzoekt of partijen bewust hebben gekozen voor de *lex fori*.

¹⁴⁶ Naar mag worden verwacht kan er in een aantal zaken dan ook sneller een einduitspraak worden gedaan, waardoor de doorlooptijden omlaag gaan, zodat niet alleen partijen maar ook de rechterlijke macht gebaat kan zijn bij een facultatief conflictenrecht.

¹⁴⁷ Zie ook Snijders/Wendels, p. 233. Vergelijk evenwel Mostermans 2004-I, p. 50, waar zij stelt dat de proceseconomische voordelen van een facultatief conflictenrecht niet moeten worden overdreven, aangezien ook in appel een beroep zou kunnen worden gedaan op vreemd recht.

¹⁴⁸ Strikwerda 1997, p. 1970.

ling.¹⁴⁹ Hij is immers niet of nauwelijks bekend met het vreemde recht.¹⁵⁰ Ook heeft hij de tijd noch de middelen om in lastige juridische kwesties het vreemde recht werkelijk te doorgronden.¹⁵¹ Men kan zich derhalve voorstellen dat het vreemde recht op betrekkelijk conservatieve wijze naar zijn letter wordt toegepast.¹⁵² Mede daardoor zou de kwaliteit van een beslissing op basis van vreemd recht vaak minder zijn dan een beslissing die gebaseerd is op het eigen recht¹⁵³ en het zou altijd maar weer afwachten zijn of een rechter uiteindelijk de finesses van dat vreemde recht daadwerkelijk onder de knie krijgt.¹⁵⁴ De toepassing van vreemd recht zou derhalve de kans op ongelukken vergroten.¹⁵⁵ Daarbij levert een verkeerde toepassing van vreemd recht nagenoeg geen grond op voor cassatie, terwijl tegen een verkeerde toepassing van de *lex fori* wel onverkort beroep in cassatie kan worden ingesteld.¹⁵⁶

5.4.7 *Enkele nadere overpeinzingen over het facultatief conflictenrecht*

Ondanks voornoemde mogelijke voordelen wordt een facultatief conflictenrecht in Nederland allesbehalve omarmd.¹⁵⁷ De Staatscommissie IPR¹⁵⁸ en de wetgever¹⁵⁹ wezen een facultatief conflictenrecht bijvoorbeeld zonder meer af.¹⁶⁰

Zo stelde de Staatscommissie IPR dat een facultatief conflictenrecht “te kort doet aan de kern van het internationaal privaatrecht, namelijk de erkenning

¹⁴⁹ Flessner 1970, p. 552.

¹⁵⁰ Flessner 1970, p. 553.

¹⁵¹ Wel staan de rechter een aantal middelen ter beschikking staan om zich te laten voorlichten over de inhoud en werking van vreemd recht, waarover meer in paragraaf 4.5.

¹⁵² Goldsmith, p. 217.

¹⁵³ Evenzo Flessener 1970, p. 550, Zweigert 1973, p. 445 en Sturm 1981, p. 345.

¹⁵⁴ De Boer 1996-II, p. 304 e.v., met een verwijzing naar een aantal aardige praktijkvoorbeelden waarbij van alles mis ging.

¹⁵⁵ Zie ook Flessner 1970, p. 554, waar hij zelfs nog stilliger is: “Wird ein Sachverhalt nach ausländischem Recht beurteilt, so ist die gewährte Justiz von andere Qualität [...] und zwar – das geht aus allen dargelegten Einzelheiten hervor – von minderer Qualität.”

¹⁵⁶ Zie hierover uitgebreid paragraaf 4.4.3, waar ik mij ook kritisch heb uitgelaten over de processuele behandeling van het vreemde recht in cassatie.

¹⁵⁷ Omdat wij in Nederland al bijna 100 jaar een ambtshalve conflictenrecht kennen, is de weerstand tegen een facultatief conflictenrecht overigens niet onlogisch. Wat dat betreft kan er een vergelijking worden gemaakt met de ontwikkeling van de idee van de subjectieve aanknopng en de mogelijkheid om het toepasselijke recht te kiezen. Lange tijd bestond daartegen ook grote weerstand, maar inmiddels is de rechtskeuzemogelijkheid niet meer weg te denken uit het conflictenrecht. Zie wat dat betreft ook noot 375 bij hoofdstuk 2.

¹⁵⁸ Rapport Staatscommissie IPR, p. 14-16.

¹⁵⁹ Kamerstukken 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8-9.

¹⁶⁰ Zie hieromtrent ook Vlas 2015, p. 56 e.v.

dat vreemd recht recht is en de bereidheid dit recht toe te passen."¹⁶¹ Ofschoon vreemd recht bij een facultatief conflictenrecht naar mag worden verwacht minder vaak zal worden toegepast, wordt met een facultatief conflictenrecht als zodanig geen afbreuk gedaan aan de bereidheid om vreemd recht toe te passen, aangezien elke partij die niet wil dat de *lex fori* wordt toegepast te allen tijde de toepasselijkheid van vreemd recht kan bepleiten, als gevolg waarvan de Nederlandse rechter eerst zijn conflictenrecht en daarna het daardoor aangewezen recht moet toepassen.¹⁶² Verder verzet niets zich er tegen om vreemd recht in het kader van een facultatief conflictenrecht te blijven erkennen als recht en de rechter te blijven verplichten om de inhoud van dat recht ambtshalve vast te stellen.¹⁶³ Bovendien kan worden verdedigd dat een facultatief conflictenrecht evenmin onverenigbaar is met artikel 25 Rv.¹⁶⁴ Zou men namelijk willen aannemen dat conflictregels bij kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan in beginsel slechts mogen worden toegepast als partijen het conflictenrechtelijke debat ontsluiten, voor zover tenminste geen van de eerder genoemde uitzonderingen zich voordoet, dan brengt dat logischerwijze mee dat een rechter de betreffende conflictregel niet mag toepassen buiten het partijdebat om.¹⁶⁵

Wel kan een facultatief conflictenrecht vervelend uitwerken in situaties waarin partijen per abuis het conflictenrechtelijke debat niet openen – bijvoorbeeld omdat geen der partijen zich bewust is van de conflictenrechtelijke aspecten van de zaak of geen der partijen zich realiseert dat vreemd recht van toepassing zou kunnen zijn – en partijen door toepassing van de *lex fori* rechten worden ontzegd of plichten worden opgelegd waar dat anders niet het geval zou zijn geweest, waardoor ook zou kunnen worden gesteld dat in zo'n geval het doel van het conflictenrecht wordt ondermijnd. Het voorgaande kan echter ook gebeuren bij een ambtshalve conflictenrecht als de rechter bijvoorbeeld een processuele rechtskeuze voor de *lex fori* (of een ander recht) wil aannemen zonder te verifiëren of partijen zich bewust waren van de conflictenrechtelijke aspecten van de voorliggende kwestie. Men zou dan ook de vraag kunnen stellen of het niet beter is dat een rechter zich er altijd uitdrukkelijk van

¹⁶¹ Zie Rapport staatscommissie IPR, p. 15.

¹⁶² Vergelijk Fauvarque-Cosson 2000, p. 125-134 en Ancel, p. 3-10, die zich afvragen of een facultatief conflictenrecht het juridische karakter van een conflictregel niet miskent.

¹⁶³ Dat is bijvoorbeeld ook het geval in Frankrijk, Denemarken, Finland en Zweden (zie paragraaf 5.4.3).

¹⁶⁴ Vergelijk Mostermans 2004-I, p. 47-48.

¹⁶⁵ Wat dat betreft kan de vergelijking worden gemaakt met regels die een rechter niet ambtshalve mag toepassen als gedurende de procedure geen beroep wordt gedaan op de gevolgen van zo'n regel. Zie daarover nader paragraaf 4.2.2.

vergewist dat partijen het conflictenrechtelijke speelveld daadwerkelijk hebben onderkend om hen bij een negatief antwoord alsnog in de gelegenheid te stellen om zich uit te laten over het toepasselijke recht.

Wordt er vervolgens vreemd recht van toepassing verklaard, dan laat de rechter zich daarover – ondanks dat hij zelf verantwoordelijk is voor de vaststelling van dat recht – veelal voorlichten door partijen.¹⁶⁶ Daarbij kan één van de partijen in het voordeel zijn en beter in staat zijn om binnen een bepaalde termijn een of meer doorwrochte adviezen ten aanzien van het vreemde recht te vergaren en de rechter te voorzien van een (voor haar gunstige) uitvoerig en overtuigend geformuleerde opinie gestaafd met een omvangrijk bronnenexposé.¹⁶⁷ Als de andere partij daar, bijvoorbeeld vanwege het kostenaspect, weinig tegenover kan stellen, is het niet ondenkbaar dat de rechter zijn beslissing hoofdzakelijk baseert op die opinie, nu de kennis van de rechter, wanneer hij zich niet op een andere wijze vergewist van de inhoud van het vreemde recht, veelal beperkt blijft tot (een vertaling van) de tekst van de vreemde wet en tot hetgeen partijen en hun deskundigen daarover aan hem voorleggen.¹⁶⁸ In het licht van het voorgaande is derhalve niet ondenkbaar dat bij de toepassing van vreemd recht het *level playing field* wordt doorbroken dat bij de toepassing van het forale recht wel geacht mag worden te bestaan, ook omdat in cassatie slechts marginaal kan worden opgekomen tegen de toepassing van vreemd recht door feitelijke instanties.¹⁶⁹

Een facultatief conflictenrecht herbergt echter wel een element van onvoorspelbaarheid. Voorafgaand aan een gerechtelijke procedure blijft immers onduidelijk welk recht in de procedure zal worden toegepast: het door ons conflictenrecht aangewezen recht of de *lex fori*. Tegelijkertijd moet dit ook niet worden overdreven, aangezien partijen onafhankelijk van elkaar de toepasselijkheid van het door ons conflictenrecht aangewezen recht kunnen afdwingen en zij aldus te allen tijde zelf een einde kunnen maken aan voornoemde onvoorspelbaarheid.¹⁷⁰ Daarbij mag overigens niet uit het oog worden verloren dat in het huidige bestel zich ook de situatie kan voordoen dat het eigenlijk toepasselijke recht in een ge-

¹⁶⁶ Zie paragraaf 4.5.

¹⁶⁷ Dit punt gaat te meer spelen als partijen een plicht zouden hebben om de rechter te voorzien van informatie over het toepasselijke vreemde recht, waarover onder meer Asser, Groen & Vranken, p. 77 e.v., Mostermans 2004-I, p. 51 en Pellis 2005, p. 196.

¹⁶⁸ Zie wat dat betreft paragraaf 4.5.

¹⁶⁹ Zie hieromtrent paragraaf 4.4.3.

¹⁷⁰ Doet een eiser in een gerechtelijke procedure geen beroep op vreemd recht, dan is de keuze aan gedaagde. Wat dat betreft maakt een facultatief conflictenrecht *forum shopping* ook niet per se aantrekkelijker.

rechtelijke procedure niet wordt toegepast als partijen hangende die procedure een (afwijkende) rechtskeuze maken.¹⁷¹

Dat brengt mij tot slot op de vraag of het uitmaakt of een conflictregel is neergelegd in een verdrag of anderszins zou voortspuiten uit een internationale of communautaire rechtsbron. Ik ben geneigd om die vraag ontkennend te beantwoorden, indien de betreffende conflictregel van toepassing is ten aanzien van een kwestie waarvan de rechtsgevolgen ter vrije dispositie van partijen staan¹⁷² en die regel door partijen – ten behoeve van wie de regel was opgesteld – terzijde kan worden geschoven,¹⁷³ mits de supranationale of communautaire regeling, waarin de relevante conflictregel is neergelegd, geen ambtshalve toepassing van zijn conflictregels door de rechter voorschrijft. In dat geval is de processuele behandeling van de supranationale of communautaire regeling in beginsel namelijk afhankelijk van het (proces)recht van het land van de aangezochte rechter.¹⁷⁴ Daarbij zou ik menen dat het harmonisatieproces dat uitgaat van verdragen en communautaire regelingen niet wordt ondermijnd door een facultatief conflictenrecht,¹⁷⁵ aangezien de relevante verdragsrechtelijke of communautaire conflictregel nog steeds te allen tijde moet worden toegepast zodra het conflictenrechtelijke debat door partijen wordt ontsloten.¹⁷⁶

5.4.8 *Wat levert het voorgaande op?*

Bij een facultatief conflictenrecht hebben partijen in beginsel zelf in de hand of het conflictenrecht en het vreemde recht wordt toegepast. Daar zijn de proceseconomie en rechtsbedeling mee gebaat, om welke redenen men zou kunnen betogen dat het conflictenrecht en het vreemde recht in beginsel pas moeten worden toegepast als tenminste één van de partijen de complicaties en ongemakken, die verband houden met de toepassing van het conflictenrecht en het vreemde recht, afroept over de rechter en

¹⁷¹ Derhalve zou mogelijk kunnen worden betoogd dat een zekere mate van onvoorspelbaarheid ook nu reeds bestaat, waarover onder meer Sturm 1981, p. 335 e.v.

¹⁷² Zie hierover ook Geeroms, p. 70.

¹⁷³ Zie daarover tevens Jänterä-Jareborg, p. 253-258.

¹⁷⁴ Steun voor deze zienswijze vind ik ook in de huidige procesrechtelijke behandeling van de supranationale en communautaire conflictregels in appel. Zij worden aldaar in beginsel namelijk net zo behandeld als commune conflictregels, met de in paragraaf 4.3.2.2 beschreven gevolgen.

¹⁷⁵ Vergelijk Jänterä-Jareborg, p. 368 e.v.

¹⁷⁶ Daarbij mag niet worden vergeten dat een *de facto* facultatieve toepassing niet valt uit te sluiten in landen waar de inhoud en werking van het vreemde recht door partijen moet worden gesteld en bewezen, tenzij de betreffende internationale of communautaire regeling ook een ambtshalve vaststelling van vreemd recht zou voorschrijven.

de andere procesdeelnemers.¹⁷⁷ Na de invoering van een facultatief conflictenrecht sluit de processuele behandeling van het conflictenrecht bij de rechtbanken bovendien nauwer aan bij de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel¹⁷⁸ en cassatie¹⁷⁹. Voor die instanties geldt namelijk reeds een verkapt facultatief conflictenrecht. Een facultatief conflictenrecht is evenwel alleen mogelijk voor kwesties waarvan de rechtsgevolgen ter vrije keuze van partijen staan, maar ook dan zijn er nog een aantal uitzonderingssituaties waarin de rechter zijn conflictenrecht te allen tijde moet toepassen. Telkens zal een rechter dus ambtshalve moeten nagaan of de voorliggende kwestie ter vrije dispositie van partijen staat of dat een uitzonderingssituatie zich voordoet. Veel problemen levert dat naar ik verwacht overigens niet op, aangezien de meeste kwesties ter vrije dispositie van partijen staan en slechts in een overzichtelijke minderheid van de gevallen één van de hiervoor weergegeven uitzonderingen zich zal voordoen, terwijl daarover in het gros der zaken geen discussie kan bestaan, zodat de *lex fori* veelal zonder meer kan worden toegepast als de vraag naar het toepasselijke recht in een gerechtelijke procedure door partijen niet wordt ontsloten en aldus niet binnen de grenzen van de rechtsstrijd wordt gebracht. Nadeel van een facultatief conflictenrecht is evenwel dat partijen kunnen worden geconfronteerd met de *lex fori* in gevallen waarin zij de conflictenrechtelijke aspecten van de voorliggende kwestie niet hebben onderkend waardoor zou kunnen worden betoogd dat het doel van het conflictenrecht wordt ondermijnd, ware het niet dat zulks vandaag de dag ook reeds gebeurt. Daar komt bij dat het *level playing field* dat wel bestaat bij de toepassing van de *lex fori* bij de aanwending van vreemd recht wordt doorbroken en partijen in appel altijd nog de toepasselijkheid van een ander (vreemd) recht kunnen inroepen. Al met al ben ik dan ook van mening dat een facultatief conflic-

¹⁷⁷ Evenzo Zweigert 1973, p. 445 waar hij nog opmerkt, dat “*im ganzen ist der juristische ‘Service’ schlechter, wo der Richter nicht die lex fori anwendet, sondern ausländisches Recht*”.

¹⁷⁸ Zo mag de appelrechter in de eerste fase van het appel voor kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan – behoudens in gevallen waarin de rechtbank geen expliciet of impliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing heeft genomen of een conflictregel in het geding is die processueel van openbare orde is – in beginsel niet op zoek naar het toepasselijke recht als partijen het conflictenrechtelijke debat niet ontsluiten. Of de appelrechter in de tweede voorshands verborgen fase van het appel het conflictenrecht nog mag toepassen, is afhankelijk van eventuele nadere (voorwaardelijke) verweren en hetgeen partijen in eerste aanleg hebben gesteld, welke stellingen overigens ook met voorrang kunnen worden behandeld. Voor een gedetailleerde beschouwing van de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel verwijs ik naar paragraaf 4.3.2.2.

¹⁷⁹ De Hoge Raad beoordeelt de toepassing van het conflictenrecht door een feitelijke instantie in beginsel alleen als er wat dat betreft een behoorlijk naar voren gebracht cassatiemiddel is geformuleerd. Voor een nadere beschouwing verwijs ik naar paragraaf 4.3.3.

tenrecht een interessant alternatief kan zijn voor de huidige methode waarbij wordt uitgegaan van een ambtshalve toepassing van het conflictenrecht door de rechter.

5.5. Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de vrijheid genomen om na te denken over het nut en de noodzaak van een ambtshalve conflictenrecht in het licht van een processuele belangeneis en het facultatieve conflictenrecht. De processuele belangeneis heb ik verworpen. Een rechter mag het conflictenrecht en het vreemde recht naar mijn mening derhalve niet weigeren toe te passen omdat een partij onvoldoende voor het voetlicht zou hebben gebracht waarom zij belang zou hebben bij de toepassing van het ene of het andere recht. Gezien de voordelen die met de invoering van een facultatief conflictenrecht gepaard gaan, is een facultatief conflictenrecht een interessant alternatief voor de huidige methode waarin wordt uitgegaan van een ambtshalve toepassing van het conflictenrecht, ook al is een facultatief conflictenrecht slechts mogelijk ten aanzien kwesties die ter vrije bepaling van partijen staan en gelden er verder ook nog de nodige beperkingen en reserveringen. Wil men in het licht daarvan evenwel niet tornen aan het huidige artikel 10:2 BW, dan pleit ik er wel voor om de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel te stroomlijnen met de processuele behandeling van het conflictenrecht in eerste aanleg, opdat het conflictenrecht in de beide feitelijke instanties ambtshalve en aldus gelijk wordt toegepast.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Zie hierover in meer detail paragraaf 4.3.2.3.

6. ARBITRAGE EN IPR

6.1 Inleiding

Het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat bepalingen van formeel recht dat op de arbitrage van toepassing is, ook wel aangeduid als het arbitragerecht of de *lex arbitri*. Ligt de plaats van arbitrage buiten Nederland, dan is de Tweede Titel van voornoemd boek (artikel 1074-1076 Rv) van toepassing.¹ Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan is op grond van artikel 1073 lid 1 Rv de Eerste Titel (artikel 1020-1073 Rv) van toepassing.² Die titel is partijen en arbiters alleen niet altijd even behulpzaam als zich een arbitrage met internationale elementen aandient en er aldus aanknopingspunten bestaan met meer dan één land. Ik licht dat toe aan de hand van een voorbeeld. Stel dat een Amerikaanse en een Chinese partij naar de mening van eerstgenoemde partij arbitrage zijn overeengekomen. Zij entameert een procedure en de arbiters worden benoemd: een Chinees, een Zwitser en een Engelsman. In nauw overleg tussen partijen en de arbiters wordt al snel voor Den Haag als plaats van arbitrage gekozen. Het is tenslotte de *legal capital of the world*, is voor alle betrokkenen goed bereikbaar en de zalen van het

¹ De plaats van arbitrage is een juridisch en niet zozeer een feitelijk begrip, waarover bijvoorbeeld Van den Berg 1997, p. 3, Born 2014, p. 1538 en Peters 2014, p. 17. Tenzij partijen anders zijn overeengekomen hoeven zittingen en dergelijke ingevolge artikel 1037 lid 3 Rv ook niet te worden gehouden in de plaats van arbitrage. Desalniettemin is dat niet geheel zonder risico's. Illustratief is de uitspraak van de Hoge Raad van de Russische Federatie van 18 juli 2002, *TvA 2004*, 30 (*Quality Steel/Bummash*), waarin hij een *exequatur* weigerde onder meer omdat de zitting niet had plaatsgevonden in de plaats van arbitrage, welke uitspraak uitgebreid is besproken door Snijders 2004, p. 80 e.v. alsmede Simons, p. 82 e.v.

² Daarbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat partijen de bepalingen met een aanvullend karakter ook buiten toepassing kunnen stellen door een rechtskeuze voor een buitenlands arbitragerecht, waarover onder meer Schultsz, p. 11, Franx, p. 82, Meijer 2011, p. 333-334 en Snijders 2011, art. 1073 Rv, aant. 1. Algemeen wordt aangenomen dat partijen de dwingendrechtelijke bepalingen van de Nederlandse *lex arbitri* evenwel niet buiten werking kunnen stellen door een keuze voor buitenlands arbitragerecht. Vergelijk evenwel Hardenberg, p. 5. Daarentegen wil men wel weer aannemen dat partijen het Nederlandse arbitragerecht eveneens van toepassing kunnen verklaren op een arbitrage die plaatsvindt buiten Nederland, voor zover het land waar de arbitrage plaatsvindt zo'n rechtskeuze toestaat, aldus bijvoorbeeld Meijer 2011, p. 334. Door zulke rechtskeuzes wordt het er echter niet gemakkelijker op. Zij zijn dan ook allerminst aan te bevelen. Willen partijen derhalve ontkomen aan de toepassing van de Nederlandse *lex arbitri* of hun arbitrage daaraan juist onderwerpen, dan doen zij er verstandiger aan om Nederland als plaats van arbitrage te vermijden respectievelijk te kiezen, waarover in gelijke zin onder meer Van Delden 1996, p. 31-32. In dit verband zij tot slot opgemerkt dat a-nationale arbitrage – waarbij de toepassing van elk nationaal arbitragerecht is uitgesloten – in Nederland niet mogelijk is en overigens ook allerminst valt aan te bevelen, waarover uitgebreid Meijer 2011, p. 335 e.v. Vergelijk ook De Ly 1992, p. 87-90.

Vredespaleis zijn beschikbaar voor de geplande mondelinge behandeling.³ Daarop gaat de procedure inhoudelijk van start. Daarbij is afgesproken dat een eventueel bevoegdheidsverweer niet eerst zal worden afgedaan.⁴ De schriftelijke stukken worden uitgewisseld en de mondelinge behandeling vindt plaats, waarbij ook enkele getuigen aan de tand worden gevoeld. Nadat er *post hearing briefs* zijn uitgewisseld, komt de zaak voor vonnis te staan. Bij het schrijven daarvan zien de arbiters zich vervolgens voor de vraag gesteld of er een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen en naar welk recht die vraag moet worden beantwoord. Voor het geval er inderdaad een geldige overeenkomst tot stand blijkt te zijn gekomen, rijst de vraag naar welk recht het materiële geschil moet worden beslecht. De Engelse arbiter stelt in dat verband de vraag aan de hand van welke conflictregels, criteria of aanknopingsfactoren het toepasselijke recht eigenlijk moet worden bepaald. Daarbij werpt de Chinese arbiter de vraag op of arbiters in dezen een ambtshalve taak hebben om los van het partijdebat (de inhoud van) het toepasselijke recht te bepalen. Om het nog moeilijker te maken heeft de Chinese partij nog een beroep gedaan op enkele Chinese voorrangsregels, terwijl de Amerikaanse partij meent dat aan die regels geen gevolg mag worden toegekend nu de overeenkomst zou worden beheerst door het recht van Californië. Op voorstel van de Zwitserse arbiter pakken de arbiters de *lex arbitri* er maar eens bij. Maar wat blijkt? Artikelen 1020-1073 Rv voorzien niet in antwoorden. Hierna tracht ik de antwoorden op voornoemde en andere vragen wel te verschaffen, hetgeen mij brengt op de onderwerpen die in dit hoofdstuk aan de orde komen. In de volgende paragrafen bespreek ik eerst welk recht van toepassing is op de objectieve arbitrabiliteit en de subjectieve arbitrabiliteit, waarna ik de vraag beantwoord of het beginsel van *ius curia novit* ook geldt in arbitrage. Vervolgens bespreek ik het recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst, het arbitraal geding en het materiële geschil. Daarna komt nog kort de vraag aan bod in welke gevallen regels van openbare orde en voorrangsregels geldingspretentie kunnen hebben. Ik rond af met een conclusie. Daarin beantwoord ik ook de vraag of het huidige Nederlandse arbitragerecht recht doet aan de grondslagen van het conflictenrecht.

³ Voor de beweegredenen om te kiezen voor een bepaalde plaats van arbitrage verwijs ik naar Mistelis 2012, p. 408 e.v. en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf> voor een internationaal onderzoek onder bedrijfsjuristen.

⁴ In de praktijk worden bevoegdheidsvragen overigens veelal eerst afgedaan, maar dat hoeft niet en gebeurt ook niet altijd.

6.2 Objectieve arbitrabiliteit en de vraag naar het toepasselijke recht

In de inleiding ging ik er gemakshalve vanuit dat de voorliggende kwestie vatbaar was voor arbitrage. Dat is echter niet altijd het geval. Sommige kwesties kunnen namelijk niet worden beslecht door middel van arbitrage.⁵ Die kwesties zijn derhalve niet arbitabel en voor zulke kwesties mag een scheidsgerecht geen bevoegdheid aannemen. Zij moeten simpelweg worden voorgelegd aan de overheidsrechter.⁶ Aldus gaat het bij arbitrabiliteit in wezen om de verdeling van bevoegdheid tussen overheidsrechtspraak en arbitrage.⁷ Men spreekt in dit verband ook wel van het leerstuk van de objectieve arbitrabiliteit (of arbitrabiliteit *rationae materiae*) en de meeste nationale arbitragewetten voorzien in specifieke regels. Zo bepaalt artikel 177 lid 1 van het Zwitserse Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (BIP):

“Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein.”

Artikel 1030 van de Deutsche Zivilprozessordnung (ZPO) schrijft op zijn beurt voor dat:

1. Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen.
2. Eine Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen, ist unwirksam. Dies gilt nicht, soweit es sich um Wohn-

⁵ De omstandigheid dat recht van openbare orde in het geding is, betekent overigens niet automatisch dat het geschil niet arbitabel zou zijn. Algemeen wordt namelijk aangenomen dat arbiters ook kunnen beslissen over recht van openbare orde, waarover onder meer Sanders 1996, p. 24, Sanders 2001, p. 49 alsmede De Boer 2003, p. 50 e.v. Zo kan bijvoorbeeld ook fundamenteel Unierecht worden getoetst in arbitrage. Zie wat dat betreft bijvoorbeeld HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207, m.nt. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*) en Hof 's-Gravenhage 23 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2617 (*Vertex*).

⁶ Daarbij valt niet uit te sluiten dat een geschil zich vertaalt in één of meer niet-arbitabele vorderingen en één of meer vorderingen die wel vatbaar zijn voor arbitrage. Zie wat dat betreft onder meer Buxbee, p. 663 e.v., Brekoulakis 2009-I, p. 39 alsmede HR 26 november 2010, NJ 2011, 55, m.nt. Schilfgaarde (*Silver Lining*), welk arrest aan het einde van paragraaf 6.2.5 nog in meer in detail wordt besproken.

⁷ Zie ook Arfazadeh, p. 80, Lew, Mistelis & Kröll, p. 193, Danov, p. 538 en p. 540, Brekoulakis 2009-I, p. 37-40, Brekoulakis 2009-II, p. 102, Pamboukis, p. 130-131 alsmede Brekoulakis 2011, p. 134.

raum der in § 549 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Art handelt.

3. Gesetzliche Vorschriften außerhalb dieses Buches, nach denen Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, bleiben unberührt.

In navolging van deze artikelen bepaalt artikel 1676 lid 1 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek (BGW) dat ieder geschil van vermogensrechtelijke aard en niet-vermogensrechtelijke geschillen die vatbaar zijn voor dading het voorwerp kunnen uitmaken van een arbitrage. Voorgaande regels moeten worden toegepast als de plaats van arbitrage in Zwitserland, Duitsland respectievelijk België ligt.⁸ Zij geven materiële criteria aan de hand waarvan in beginsel moet worden beoordeeld of een vordering vatbaar is voor arbitrage of niet, met dien verstande dat de meeste vorderingen wel arbitrabel zullen zijn. Er is immers gekozen voor een ruim arbitragegebied.⁹ Wat dat betreft is artikel 1020 lid 3 Rv – dat van toepassing is als de plaats van arbitrage in Nederland ligt¹⁰ – minder duidelijk.¹¹ Dat artikel bepaalt namelijk slechts dat de overeenkomst tot arbitrage niet mag leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van de partijen staan.¹² Welke kwesties vatbaar zijn voor arbitrage volgt echter niet direct uit voornoemd artikel. Bovendien laat artikel 1020 lid 3 Rv in het midden bij welk recht moet worden aangeknoopt.

Speelt de arbitrabiliteitsvraag in een pure nationale kwestie, dan mag ervan worden uitgegaan dat zij wordt beheerst door het Nederlandse

⁸ Dat volgt uit artikel 176 lid 1 BIP, artikel 1025 lid 1 ZPO respectievelijk artikel 1676 BGW.

⁹ Ook wereldwijd ziet men een tendens ten gunste van arbitrage, aldus onder meer Di Pietro & Platte, p. 104 alsmede Bühler & Webster, p. 115.

¹⁰ Dit artikel is derhalve niet van toepassing in het geval van een buitenlandse arbitrage. Zie bijvoorbeeld ook Rechtbank Amsterdam 3 december 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:8081 (Brendora/Vnesheconombank)*.

¹¹ Dat artikel 1020 lid 3 Rv aan duidelijkheid te wensen overlaat was de Tweede Kamerfractie van de SP ook niet ontgaan tijdens de behandeling van het Voorstel van wet voor de wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (het Wetsvoorstel). De SP vroeg namelijk aan de Minister van Justitie op welke manier voor (onervaren) partijen van tevoren duidelijk zou zijn of hun zaak geschikt zou zijn voor arbitrage of niet, nu wettelijk niet precies is vastgelegd welke zaken wel en welke zaken niet vatbaar zijn voor arbitrage (Kamerstukken 33 611, nr. 4 (Verslag), p. 3). Kort gezegd kwam het antwoord van de minister erop neer dat partijen maar advies moesten inwinnen bij ofwel een arbitrage-instituut ofwel zich anderszins moesten laten adviseren. De kosten hiervan zouden namelijk ruimschoots opwegen tegen een vergeefs gevoerde arbitrage (Kamerstukken 33 611, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het Verslag), p. 4-5).

¹² Zie over de arbitrabiliteit ook paragraaf 5.4.3.

recht. Gaat het daarentegen om een zaak waarbij er relevante aanknopingspunten zijn met meer dan één land, dan kunnen in theorie zes verschillende nationale rechtssystemen voor toepassing in aanmerking komen. Dat zijn:

1. het Nederlandse recht als het recht van de plaats van arbitrage (de *lex loci arbitri*);
2. het recht van het land waar het arbitraal vonnis wordt uitgevoerd;
3. het recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst;
4. het recht dat de rechtsverhouding van partijen beheerst (de *lex causae*);
5. het recht van het land wiens rechter bij gebreke van een arbitrageovereenkomst bevoegd zou zijn; en
6. het nationale recht van partijen, althans van één hunner.¹³

Elk van voornoemde rechtssystemen kan de arbitrabiliteitsvraag vervolgens anders beantwoorden. Zodoende kan dezelfde kwestie op grond van het ene recht wel vatbaar zijn voor arbitrage doch op grond van een ander recht niet. Derhalve kan het uitmaken welk recht wordt toegepast. Vraag is dan ook welk recht moet worden toegepast.

Bij de beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is op de vraag of het geschil vatbaar is voor arbitrage moet voor ogen worden gehouden dat de arbitrabiliteitsvraag op verschillende momenten aan de orde kan komen. Tijdens de arbitrage speelt zij bij de bevoegdheidsbeslissing. Vervolgens kan zij aan bod komen in het kader van een vernietigings- en een *exequatur*procedure. Daarnaast kan een partij (menen dat de litigieuze kwestie niet vatbaar is voor arbitrage en) een procedure entameren bij de overheidsrechter om het geschil inhoudelijk te laten beslechten door de rechter. De gedaagde partij kan dan een bevoegdheidsverweer voeren, waarna de vraag kan rijzen of de kwestie wel of niet arbitrabel is.

6.2.1 *Arbitrabiliteit in arbitrage*

Omdat het bij de objectieve arbitrabiliteit gaat om de verdeling van bevoegdheid tussen overheidsrechtspraak en arbitrage, kan worden verdedigd dat een scheidsgerecht de arbitrabiliteitsvraag – wanneer de plaats van arbitrage in Nederland ligt – met uitsluiting van andere mogelijke rechtssystemen moet beantwoorden aan de hand van het Nederlandse recht.¹⁴ De arbitrage is namelijk het nauwst verbonden met het land waar

¹³ Zie ook Blessing 1996, p. 192.

¹⁴ Daarbij moeten ook de in Nederland direct werkende verdragsrechtelijke en Unierechtelijke bepalingen in acht worden genomen.

zij plaatsvindt. Het is aldus aan dat land om met inachtneming van verdragen en het communautaire recht te bepalen of de kwestie wel of niet aan arbitrage mag worden onderworpen, afhankelijk van de aldaar heersende rechtsopvattingen. Het is zodoende tevens aan dat land om voor te schrijven waar de grenzen van de partijautonomie liggen. Illustratief is in dit verband een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 24 april 2012.¹⁵ In dit kort geding, waarin de schorsing van de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis werd gevorderd, betoogde één van de partijen onder meer dat de litigieuze overeenkomst moest worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst en dat de geschillen die daarmee samenhangen niet arbitabel waren in Hongarije, het land waar de executie plaatsvond, om welke reden het arbitraal vonnis zou moeten worden vernietigd en de tenuitvoerlegging zou moeten worden geschorst hangende de vernietigingsprocedure. De voorzieningenrechter oordeelde evenwel:

“Ingevolge artikel 1020 lid 3 Rv heeft de arbiter, indien de arbitrage in Nederland plaatsvindt, slechts te onderzoeken of de arbitrage leidt tot het vaststellen van rechtsgevolgen welke naar Nederlands recht niet ter vrije bepaling van de partijen staan. Naar vaste jurisprudentie zijn (individuele) arbeidsgeschillen naar Nederlands recht vatbaar voor arbitrage. Daaraan doet niet af dat wellicht de Hongaarse rechter wegens een algemeen gebrek aan arbitrabilititeit van arbeidsovereenkomsten de tenuitvoerlegging zou hebben kunnen weigeren [...]”

Elk scheidsgerecht moet vervolgens ambtshalve nagaan of de voorliggende kwestie wel of niet kan worden beslecht door middel van arbitrage, aangezien arbitrabilititeit een noodzakelijke voorwaarde is voor het aannemen van bevoegdheid.¹⁶

Het kan evenwel voor komen dat er geen Nederlandse partij betrokken is bij de arbitrage, het Nederlandse recht niet van toepassing is op het materiële geschil en de voorliggende kwestie anderszins evenmin raakvlakken heeft met de Nederlandse rechtssfeer. Stel bijvoorbeeld dat een Japanner en Colombiaan hier arbitreran, dat Nederlands recht niet van toepassing is, dat geen van beide partijen hier actief heeft en dat de Nederlandse rechter niet bevoegd zou zijn om bij gebreke van een arbitrageovereenkomst kennis te nemen van het geschil. Ofschoon de Nederlandse rechts-

¹⁵ Voorzieningenrechter Rb. Rotterdam 24 april 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BW5070* (*Cimcool*).

¹⁶ Zie ook Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 21.

orde in dit geval in wezen niet getroffen wordt door het geschil, is verdedigbaar dat het Nederlandse recht voor wat betreft de arbitrabiliteitsvraag desalniettemin dient te worden toegepast om te voorkomen dat hier te lande zaken worden behandeld door arbiters die naar onze opvattingen niet arbitabel zijn.

6.2.2 *Arbitrabiliteit in het geval van een vernietigingsprocedure*

Stel nu eens dat moet worden aangenomen dat een scheidsgerecht de Nederlandse arbitrabiliteitsregels, op grond waarvan de Nederlandse rechter exclusief bevoegd is, niet heeft toegepast waar dat in het voorliggende geval wel had gemoeten. Dan heeft het scheidsgerecht enerzijds een of meer regels van openbare orde geschonden. Anderzijds heeft het scheidsgerecht dan niet onderkend dat de arbitrageovereenkomst naar de alhier geldende regels ongeldig is. Dat heeft tot gevolg dat het arbitraal vonnis, dat in Nederland is gewezen, voor vernietiging in aanmerking komt wegens strijd met de openbare orde dan wel het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub e respectievelijk sub a Rv.¹⁷ Door de toepassing van het Nederlandse recht kan het scheidsgerecht derhalve zekerstellen dat zijn arbitraal vonnis niet bloot staat aan vernietiging. Tegelijkertijd wordt gewaarborgd dat geen vonnis wordt verkregen dat in Nederland niet kan worden geëxecuteerd.¹⁸ Dat een arbitraal vonnis kan worden vernietigd door de rechter van het land waar het vonnis is gewezen wegens schending van de arbitrabiliteitsregels van dat land is internationaal gezien ook algemeen geaccepteerd.¹⁹

6.2.3 *Arbitrabiliteit bij procedures over de erkenning en tenuitvoerlegging*

Overschrijding van de grenzen van het arbitragegebied brengt niet alleen mee dat een arbitraal vonnis bloot staat aan vernietiging, ook kan het *exequatur* ingevolge artikel 1063 lid 1 Rv worden geweigerd wanneer het gaat om een Nederlands arbitraal vonnis.²⁰ Gaat het niet om een Nederlands arbitraal vonnis, maar om een buitenlands arbitraal vonnis dan kan de erkenning en tenuitvoerlegging onder omstandigheden ook worden

¹⁷ Snijders 2011, art. 1020, aant. 5, Kamerstukken 33 611, nr. 3 (MvT), p. 3 en Meijer 2014, art. 1020, aant. 6(k).

¹⁸ Zie hieromtrent ook paragraaf 6.2.3.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 34(2)(b)(i) van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006 (de Modelwet) en artikel 1059 lid 2 sub 2 onder (a) ZPO.

²⁰ Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 21.

geweigerd. Is het arbitraal vonnis gewezen in een staat die partij is bij het Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken van 10 juni 1958 (NYC), dan kan op de voet van artikel 1075 Rv²¹ jo. artikel V lid 2, aanhef en sub a NYC²² de erkenning en het verlot tot tenuitvoerlegging van het buitenlandse arbitraal vonnis worden geweigerd als de kwestie naar Nederlands recht niet vatbaar is voor arbitrage. Artikel V lid 2, aanhef en sub a NYC bepaalt immers:²³

“Recognition and enforcement of an arbitral award may [...] be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country.”²⁴

Opvallend genoeg is voornoemde weigeringsgrond niet overgenomen in artikel 1076 Rv,²⁵ welk artikel voorziet in de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen waarop geen erkennings- en executieverdrag van toepassing is, zij het dat artikel 1076 Rv ook kan worden ingeroepen als dit artikel gunstiger uitpakt dan het Verdrag van New York.²⁶ Op grond van laatstgenoemd artikel kan de erkenning en het verlot tot tenuitvoerlegging wel worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde, waaronder, zo wordt algemeen aangenomen, mede de omstandigheid valt dat een kwestie die bij arbitraal vonnis is beslist niet arbitabel is.²⁷ Tegelijkertijd lijkt de *communis opinio* evenwel dat de openbare orde-exceptie niet alras tot ingrijpen dwingt wanneer de kwes-

²¹ Dit artikel is van toepassing als op het arbitraal vonnis een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is.

²² Deze bepaling is bijvoorbeeld ook de inspiratie geweest voor artikel 36 lid 1, aanhef, sub b, onder (i) van de Modelwet, welk artikel bepaalt dat: “*Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused [...] if the court finds that the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State.*”

²³ Zie hierover ook Van den Berg 1981, p. 369 e.v., Di Pietro, p. 96-97 alsmede Otto & Elwan, p. 348 e.v.

²⁴ Volledigheidshalve zij in dit verband opgemerkt dat een gebrek aan arbitrabilititeit op grond van enig ander recht dan het recht van de aangezochte rechter daarentegen niet meebrengt dat de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis kan worden geweigerd op grond van artikel V(1)(a) NYC. Wel zou de meest gerede partij mogelijk nog een vernietigingsprocedure kunnen entameren in het land waar het vonnis is gewezen, waarover onder meer Nacimiento, p. 221-222.

²⁵ Zie daarover ook De Ly 2014-I, p. 27.

²⁶ Zie hieromtrent nader paragraaf 6.5.3.1(b)(3).

²⁷ Aldus bijvoorbeeld Van den Berg, Van Delden & Snijders, p. 199-200, Sanders 1996, art. 1076 Rv, aant. 4.2 alsmede Snijders 2011, art. 1076 Rv, aant. 8.

tie naar Nederlands recht niet arbitrabel is.²⁸ Zodoende kan worden betoogd dat artikel 1076 Rv in dit verband een lagere barrière opwerpt dan artikel 1075 Rv in combinatie met artikel V lid 2 aanhef en onder a NYC. Een partij die een *exequatur* zoekt kan er bij arbitrabilitetsperikelen derhalve baat bij hebben om artikel 1076 Rv (subsidiair) in te roepen.²⁹

6.2.4 *Weer arbitrabiliteit in arbitrage*

Nu in de vorige paragraaf bleek dat de erkenning en tenuitvoerlegging mogelijk kan worden geweigerd als het geschil naar het recht van de rechter bij wie de erkenning en/of tenuitvoerlegging wordt gezocht niet arbitrabel is – ook al was hetzelfde geschil wel arbitrabel naar het recht van het land waar de arbitrage plaatsvond – wil ik hier kort stil staan bij de vraag of de arbitrabiliteitsvraag in een Nederlandse arbitrage niet mede zou moeten worden beantwoord aan de hand van het recht van het land waar de erkenning en/of tenuitvoerlegging kan worden gezocht.³⁰ Noodzakelijk voor het verkrijgen van een bindende eindbeslissing in Nederland is dat echter niet. Daarvoor is immers slechts vereist dat het Nederlandse recht in acht wordt genomen. Bovendien kan een partij vrijwillig aan het vonnis voldoen en kan verder onzeker zijn in welke landen de erkenning en tenuitvoerlegging gaat worden gezocht bij gebreke van een vrijwillige voldoening. Helemaal als partijen activa hebben of kunnen gaan hebben in verschillende jurisdicties. In het licht hiervan dient voornoemde vraag mijns inziens dan ook ontkennend te worden beantwoord.³¹ Daarbij kan worden verwezen naar de reeds genoemde uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 24 april 2012.³² Illustratief zijn ook de uitspraken van de hoogste Zwitserse rechter inzake *V/G*³³ en *Ficantieri*³⁴, waarin het *Tribunal Fédéral* overwoog dat de arbitrabiliteit niet mede moest worden beoordeeld aan de hand van het recht van het land waar de tenuitvoerlegging zou worden gezocht. Het was volgens de Zwitserse rechter bovendien te allen tijde aan partijen om op voorhand de risico's in te schatten van de mogelijk-

²⁸ Sanders 1996, art. 1076 Rv, aant. 9.4, Sanders 2001, p. 239, Snijders 2011, art. 1076 Rv, aant. 8 en De Ly 2014-I, p. 27

²⁹ De Ly 2014-I, p. 27.

³⁰ Zie kennelijk Van Delden 1995, p. 4.

³¹ Zie in gelijke zin bijvoorbeeld Van den Berg 1981, p. 153, Hanotiau 1996, p. 396-398, Lew, Mitstelis & Kröll, p. 198, Danov, p. 544-545 alsmede Pamboukis, p. 136.

³² Zie noot 15.

³³ Tribunal Fédéral Suisse 28 april 1992, *Yearbook Commercial Arbitration* XVIII (1993), p. 143-149 (V/G).

³⁴ Tribunal Fédéral Suisse 23 juni 1992, *Yearbook Commercial Arbitration* XX (1995), p. 766-770 (*Ficantieri*).

heid dat een arbitraal vonnis niet erkend of ten uitvoer gelegd zou kunnen worden.³⁵

6.2.5 *Arbitrabiliteit in het geval van een bodemprocedure*

Ook kan zich de situatie voordoen dat de Nederlandse overheidsrechter wordt aangezocht ter inhoudelijke beoordeling van het geschil.³⁶ Dan kan de gedaagde voor alle weren de onbevoegdheid van de rechter inroepen. Daarbij moet hij expliciet een beroep doen op de tussen partijen gesloten arbitrageovereenkomst.

6.2.5.1 *Plaats van arbitrage ligt in Nederland*

Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan is artikel 1022 Rv van toepassing. Uit hoofde van dat artikel zal de rechter zich onbevoegd moeten verklaren als een partij tijdig een beroep doet op het bestaan van een arbitrageovereenkomst, tenzij de overeenkomst tot arbitrage niet tot stand gekomen blijkt of ongeldig is.³⁷ Dat laatste is onder meer het geval als de voorliggende kwestie niet arbitrabel is.³⁸ Er is derhalve alleen sprake van een geldige overeenkomst tot arbitrage als de kwestie vatbaar is voor arbitrage. Verder moet de arbitrageovereenkomst zowel formeel als materieel geldig zijn³⁹ en mag niet blijken dat een partij terecht een beroep doet op haar onbekwaam- of onbevoegdheid bij het aangaan van de arbitrageovereenkomst.⁴⁰ Of de voorliggende kwestie wel of niet arbitrabel is, moet de rechter los van het partijdebat ambtshalve onderzoeken.⁴¹

³⁵ Zie over objectieve arbitrabiliteit in Zwitserland verder Arroyo, p. 48-53 alsmede Geisinger & Voser, p. 38-40.

³⁶ Daarbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat een samenloop van procedures tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp of samenhangende onderwerpen mogelijk is. Het leerstuk van de litispending en de connexiteit laat ik hierna evenwel rusten, aangezien dat leerstuk buiten de reikwijdte van dit proefschrift valt. Ik verwijs wat dat betreft bijvoorbeeld naar Meijer 2011, p. 884 e.v.

³⁷ Ingevolge artikel 1022c Rv kan de rechter, ondanks het beroep van een partij voor alle weren op het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage, bevoegd zijn om te oordelen over middelen van bewaring van recht, voorlopige voorzieningen en voorlopige bewijsmaatregelen als bedoeld in artikel 1022a en artikel 1022b Rv, indien de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen. Daarbij is het niet aan de rechter om in het kader van artikel 1022a en artikel 1022b Rv “te treden in een mogelijk uitvoerig debat over de vraag naar de geldigheid van de arbitrageovereenkomst”, aldus Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 8-9.

³⁸ Aldus onder meer Snijders 2011, art. 1020, aant. 5.

³⁹ Voor de vraag welk recht van toepassing is op de formele en materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst verwijs ik naar paragraaf 6.5

⁴⁰ Zie daarover paragraaf 6.3.

⁴¹ Meijer 2011, p. 984.

Om dezelfde redenen als een scheidsgerecht dient de rechter zich daarbij in beginsel te verlaten op het Nederlandse recht.⁴²

6.2.5.2 *Plaats van arbitrage ligt buiten Nederland*

Wanneer sprake is van een buitenlandse arbitrage geldt in beginsel artikel II lid 3 NYC als de plaats van arbitrage in een staat ligt die partij is bij het Verdrag van New York. Artikel II lid 3 bepaalt:⁴³

“The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

Daarbij moet men voor ogen houden dat artikel II lid 3 spreekt van “*an agreement within the meaning of this article*”. Het gaat op grond van artikel II lid 1 NYC vervolgens om een:

“agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.”

Leest men deze twee artikelen in samenhang, dan moet worden geconcludeerd dat een rechter zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan een overeenkomst tot arbitrage ter beslechting van een geschil dat niet vatbaar is voor arbitrage.⁴⁴ Met andere woorden: de aangezochte rechter hoeft de zaak alleen naar arbitrage te verwijzen als het geschil vatbaar is

⁴² Zie hiervoor paragraaf 6.2.1.

⁴³ Algemeen geaccepteerd is dat artikel II NYC van toepassing is als de plaats van arbitrage in het buitenland ligt, waarover onder meer Van den Berg 1981, p. 57-60. De meningen zijn daarentegen verdeeld als de plaats van arbitrage in de forumstaat ligt. Kort gezegd zijn er dan twee stromingen. De ene stroming is van mening dat voornoemd artikel dan niet van toepassing is. De andere stroming is van mening dat artikel II wel van toepassing is, mits de arbitrageovereenkomst een internationaal element herbergt. Voor een overzicht van de verschillende opvattingen verwijs ik naar Schramm, Geisinger & Pinsolle, p. 39-41 en Wolff 2012, p. 101-102, die ook betogen dat artikel II NYC niet van toepassing is als de plaats van arbitrage in de forumstaat ligt. Vergelijk evenwel Van den Berg 1981, p. 61 en Meijer 2011, p. 259-261, die zich een aanhanger tonen van de andere stroming.

⁴⁴ Zie onder meer Rechtbank Arnhem 8 februari 2006, *ECLI:NL:RBARN:2006:AV9154* (*Latvijas Finieris*).

voor arbitrage. Vraag is alleen naar welk recht de arbitrabiliteit in dit geval moet worden beoordeeld.⁴⁵ Artikel II NYC laat dit namelijk in het midden,⁴⁶ maar er lijkt in het algemeen een voorkeur te zijn voor de toepassing van de *lex fori*.⁴⁷ De toepassing van dat recht is namelijk het eenvoudigst⁴⁸ en het is in lijn met artikel V lid 2 sub a NYC,⁴⁹ dat hiervoor reeds aan de orde kwam. Verder wordt voorkomen dat verschillende rechtsprekende instanties dezelfde vraag naar hetzelfde recht (moeten) beantwoorden.⁵⁰ Tegelijkertijd is het echter efficiënt noch nuttig als de Nederlandse rechter zich onbevoegd verklaart als de kwestie hier te lande wel arbitabel is maar de arbitrageovereenkomst in de plaats van arbitrage niet kan worden afgedwongen omdat de voorliggende kwestie aldaar niet door middel van arbitrage kan worden beslecht.⁵¹ Omgekeerd geldt hetzelfde. Is de kwestie ter plaatse arbitabel, dan is er in beginsel geen reden om de werking aan de arbitrageovereenkomst te ontzeggen op grond van het Nederlandse recht. Er lijkt dan ook veel voor te zeggen dat de arbitrabiliteitsvraag, voor zover mogelijk, bij wijze van uitgangspunt wordt beantwoord aan de hand van het recht dat toepasselijk is in de plaats van arbitrage.⁵²

Zo kom ik op artikel 1074 Rv, de nationale pendant van artikel II lid 3 NYC, dat van toepassing is wanneer het Verdrag van New York niet geldt en dat eveneens kan worden ingeroepen als het verdrag wel van toepassing is maar dit artikel gunstiger uitpakt dan voornoemde verdragsregeling.⁵³ Artikel 1074 Rv bepaalt kort gezegd dat een Nederlandse rechter zich onbevoegd moet verklaren als partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten en een partij zich voor alle weren op het bestaan daarvan beroept, tenzij die overeenkomst ongeldig is naar het op die

⁴⁵ Voor een overzicht van de verschillende opvattingen verwijs ik naar Schramm, Geisinger & Pinsolle, p. 71 e.v.

⁴⁶ In gelijke zin onder meer Di Pietro, p. 91, Bělohávek, p. 46 en Born 2014, p. 598.

⁴⁷ In België is dit bijvoorbeeld de heersende leer. Zie hieromtrent onder meer Hof van Cassatie 14 januari 2010, *Arresten Hof van Cassatie* 2010, 33 (*Sebastian International Inc./Common Market Cosmetics*).

⁴⁸ Aldus onder meer Lew, Mistelis & Kröll, p. 191 alsmede Handbook ICCA, p. 65.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Van den Berg 1981, p. 152.

⁵⁰ Van den Berg 1981, p. 153.

⁵¹ Ervan uitgaande dat de Nederlandse rechter anderszins wel bevoegd is om inhoudelijk van het geschil kennis te nemen.

⁵² Is er nog geen plaats van arbitrage aangewezen, dan rijst de vraag of een presumptie ten gunste van arbitrabiliteit niet geïndiceerd is aangezien de meeste kwesties arbitabel zijn, waar weerlegging van die presumptie dan slechts aangewezen zou zijn als het om een kwestie gaat ten aanzien waarvan internationale *communis opinio* bestaat dat zij niet vatbaar is voor arbitrage.

⁵³ Zie hierover nader Van den Berg, Van Delden & Snijders, p. 174.

overeenkomst toepasselijke recht.⁵⁴ De arbitrageovereenkomst is onder meer ongeldig in de zin van dit artikel als zij formeel of materieel ongeldig is,⁵⁵ een partij een geslaagd beroep doet op haar onbekwaamheid dan wel onbevoegdheid om de overeenkomst tot arbitrage aan te gaan,⁵⁶ of de overeenkomst betrekking heeft op een onderwerp dat niet vatbaar is voor arbitrage. Ofschoon artikel 1074 Rv net als artikel II NYC in het midden laat naar welk recht de arbitrabiliteitsvraag moet worden beantwoord, zou ik menen dat die vraag, net als voor laatstgenoemd artikel, voor zoveel mogelijk, bij wijze van uitgangspunt behoort te worden beantwoord aan de hand van het recht dat toepasselijk is in de plaats van arbitrage.⁵⁷

In voorgaande twee alinea's heb ik uitgewerkt dat de arbitrabiliteitsvraag in het geval van een buitenlandse arbitrage bij wijze van uitgangspunt moet worden beantwoord aan de hand van het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Als de Nederlandse rechtsorde evenwel betrokken is bij het geschil moet de arbitrabiliteitsvraag eveneens worden beantwoord aan de hand van het Nederlandse recht. Een bekend voorbeeld, waarin de arbitrabiliteit werd getoetst aan de hand van het Nederlandse recht terwijl partijen voor een buitenlandse plaats van arbitrage hadden gekozen, kan worden gevonden in *Silver Lining*.⁵⁸ Hoewel partijen in die zaak arbitrage te Malmö waren overeengekomen, verklaarde de Nederlandse rechter zich bevoegd om kennis te nemen ten aanzien van de vorderingen van Silver Lining Finance SA voor zover die betrekking hadden op de nietigverklaring althans de vernietiging van een bestuursbesluit en een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van de Nederlandse vennootschap Perstorp Waspik B.V. Ten aanzien van de overige vorderingen verklaarde de rechter zich evenwel onbevoegd en voor die vorderingen werden partijen naar arbitrage verwezen. Voor die vorderingen was namelijk wel rechtsgeldig arbitrage overeengekomen.

⁵⁴ Ingevolge artikel 1074d Rv kan de rechter, ondanks het beroep van een partij op het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage, bevoegd zijn om te oordelen over middelen van bewaring van recht, voorlopige voorzieningen en voorlopige bewijsmaatregelen als bedoeld in artikel 1074a-c Rv, indien de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen. Daarbij is het niet aan de rechter om in het kader van artikel 1074a-c Rv "te treden in een mogelijk uitvoerig debat over de vraag naar de geldigheid van de arbitrageovereenkomst", aldus Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 14.

⁵⁵ Zie daarover paragraaf 6.5.

⁵⁶ Zie wat dat betreft paragraaf 6.3.

⁵⁷ Zie daarbij mijn opmerking van noot 52.

⁵⁸ Zie noot 6.

6.3 Subjectieve arbitrabiliteit en de vraag naar het toepasselijke recht

Naast het leerstuk van de objectieve arbitrabiliteit kennen wij ook het leerstuk van de subjectieve arbitrabiliteit (of arbitrabiliteit *rationae personae*). Het gaat dan om de bekwaamheid en bevoegdheid, oftewel de capaciteit van partijen om een arbitrageovereenkomst te sluiten.⁵⁹ Was een persoon niet handelingsbekwaam of –bevoegd bij het aangaan van de overeenkomst tot arbitrage dan heeft dat mogelijk gevolgen voor de geldigheid van de arbitrageovereenkomst.⁶⁰ In Nederland is het laatste woord daarover te allen tijde aan de rechter, zoals ik in paragraaf 6.4.2 nog zal toelichten. Met Meijer ben ik daarom van mening dat een scheidsgerecht om die reden hetzelfde recht moet toepassen als de rechter die uiteindelijk bevoegd is om te oordelen over een vordering tot vernietiging.⁶¹ Aangezien de rechter het toepasselijke recht op de bekwaam- en bevoegdheid zal moeten bepalen aan de hand van het Nederlandse internationaal privaatrecht,⁶² moet het scheidsgerecht het toepasselijke recht eveneens bepalen aan de hand van het Nederlandse internationaal privaatrecht. Ten aanzien van natuurlijke personen geldt voor zowel de arbiter als de rechter aldus in beginsel de *lex patriae*.⁶³ Ten aanzien van rechtspersonen geldt in beginsel de *lex societatis*.⁶⁴ Voor staten, andere publiekrechtelijke rechtspersonen, staatsondernemingen en dergelijke geldt het recht van de betreffende staat.⁶⁵ Men ziet echter nog wel eens dat laatstgenoemde partijen op grond van hun nationale wet niet of althans slechts onder bepaalde voorwaarden een arbitrageovereenkomst kunnen sluiten. Een beroemd voorbeeld vindt men in *DIO/IMS*.⁶⁶ DIO – een Iraanse overheidsorganisatie gelieerd aan het Iraanse Ministerie van Defensie – en IMS hadden in 1978 een overeenkomst gesloten uit hoofde waarvan IMS een werkplaats voor gevechtsvoertuigen zou opleveren. Na de Iraanse revolutie van februari 1979 rees evenwel een geschil, dat niet

⁵⁹ Zie ook Blessing 1996, p. 191, Kirry, p. 381, Sanders 1999, p. 187, Petsimeris, p. 436-437, Bělohávek, p. 36 alsmede Naciemento, p. 218.

⁶⁰ In de praktijk bestaat daarover evenwel hoogst zelden discussie, aldus Kröll 2007, art. 1061 ZPO, aant. 56.

⁶¹ Meijer 2011, p. 393-394.

⁶² Daarbij moet worden opgemerkt dat het Verdrag van New York voor wat betreft de subjectieve arbitrabiliteit geen conflictregel kent. Het bepaalt slechts dat een partij bevoegd moet zijn naar het toepasselijke recht (artikel V lid 1 (a) NYC), maar laat in het midden welk recht dat is. Wat dat betreft krijgt het nationale conflictenrecht hier in alle gevallen derhalve alle ruimte om het toepasselijke recht aan te wijzen.

⁶³ Zie artikel 10:11 BW.

⁶⁴ Zie artikel 10:118 e.v. BW.

⁶⁵ In gelijke zin Sanders 1999, p. 187.

⁶⁶ HR 28 januari 2005, *NJ* 2006, 469, m.nt. De Boer (*DIO/IMS*).

in der minne oplosbaar bleek. Daarop zijn partijen op aanbod van DIO overeengekomen hun geschillen te beslechten door middel van arbitrage. Nadat Den Haag als plaats van arbitrage was aangewezen en de arbiters waren benoemd, betwistte DIO evenwel de bevoegdheid van het scheidsrecht. De arbitrageovereenkomst zou namelijk in strijd zijn met artikel 139 van de Iraanse Grondwet, dat bepaalde dat geschillen tussen een Iraanse overheidsorganisatie en een buitenlandse partij behoudens toestemming van het Iraanse parlement niet door middel van arbitrage zouden kunnen worden beslecht. Nu die toestemming ontbrak, was er volgens DIO derhalve geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand gekomen. Het gerechtshof 's-Gravenhage overwoog echter:

“Het is een inmiddels internationaal breed gedragen beginsel dat een Staat of een van een Staat deel uitmakende organisatie, zoals DIO naar tussen partijen vaststaat is, geen beroep toekomt op haar eigen interne recht om te betogen dat een door hem/haar gesloten overeenkomst die voorziet in internationale arbitrage ongeldig is. Deze regel geldt ook in de situatie dat het internrechtelijke beletsel al van kracht was voordat de arbitrageovereenkomst werd gesloten. Anders dan DIO veronderstelt is de ratio van deze regel immers niet in de eerste plaats te verhinderen dat een Staat een eenmaal gesloten arbitrageovereenkomst kan aantasten door middel van nadien ingevoerde wetgeving, al zou dat ongetwijfeld ook onaanvaardbaar zijn. De ratio is veeleer dat het in strijd is met de goede trouw dat een Staat zich jegens een buitenlandse contractspartij op zijn eigen regelgeving beroept om zich aan een door hem gesloten arbitrageovereenkomst te onttrekken.”⁶⁷

Om dezelfde reden werd een beroep door DIO op haar statuten eveneens afgewezen.⁶⁸ Daarop ging DIO in cassatie. Aldaar formuleerde zij onder meer de klacht dat voornoemde regel geen onderdeel uitmaakte van de Nederlandse rechtsorde. De Hoge Raad oordeelde evenwel:

“Naar Nederlands internationaal privaatrecht is a) het incorporatierecht van toepassing op zowel de vraag naar de bevoegdheidsbeperkingen van een rechtspersoon als de vraag naar de externe werking van die bevoegdheidsbeperkingen, en b) geen beroep op bevoegdheidsbeperkingen mogelijk ten aanzien van de wederpartij die deze beperkingen niet kende en redelijkerwijze niet behoefde te kennen: in beginsel wordt de partij die in

⁶⁷ R.o. 4.2.

⁶⁸ R.o. 5.1.

het internationale rechtsverkeer te goeder trouw is afgegaan op de handelingsbevoegdheid van haar wederpartij, beschermd. De klacht faalt derhalve omdat de door het hof toegepaste regel onderdeel uitmaakt van het Nederlands internationaal privaatrecht. Het hof behoefde — voor het overige — niet te motiveren waarom deze zogeheten Lizardi-regel, die ook is neergelegd in art. 11 EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van 19 juni 1980 [...] onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde.”⁶⁹

Evenmin was het oordeel van het hof onbegrijpelijk en behoefde het geen nadere motivering. De stukken van het geding lieten namelijk geen andere conclusie toe dan dat DIO, toen zij IMS aanbood de tussen partijen gerezen geschillen door middel van arbitrage te beslechten, niet op enige wijze kenbaar had gemaakt dat haar bevoegdheid tot het aangaan van arbitrageovereenkomsten aan een bijzondere, door de Iraanse grondwet voorgeschreven, beperking was onderworpen.⁷⁰ Voornoemd arrest heeft vervolgens zijn weg gevonden naar artikel 10:167 BW,⁷¹ welk artikel onder omstandigheden ook van toepassing zou kunnen zijn ten aanzien van Nederlandse rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld.⁷²

Op grond van het initieel voorgestelde artikel 10:167 BW – dat vergelijkbaar was met artikel 177 lid 2 BIP⁷³ – kon een rechtspersoon die krachtens publiekrecht was ingesteld *“geen beroep doen op enige wettelijke regeling die door een orgaan van die rechtspersoon is vastgesteld teneinde zijn bekwaamheid of bevoegdheid tot het aangaan van de overeenkomst tot arbitrage of de vatbaarheid van het geschil voor beslissing door arbitrage te betwisten”*.⁷⁴ De tekst van het voorgestelde artikel voorzag in lijn met artikel 1021 lid 5 van het Voorontwerp⁷⁵ aldus in de automatische e-cartering van verweren ontleend aan publiekrecht.⁷⁶ Bij nader inzien vond men dat kennelijk toch minder gelukkig. De reikwijdte van artikel 10:167 BW is later namelijk beperkt tot gevallen waarin sprake is van misbruik. Daartoe werd de zinsnede *“indien de wederpartij deze regeling kende noch behoorde te kennen”*

⁶⁹ R.o. 3.6.2.

⁷⁰ R.o. 3.7.2.

⁷¹ Zie hieromtrent ook Koppenol-Laforce 2015, art. 10:167 BW, aant. 1.

⁷² Aldus ook Meijer 2013-II, p. 223.

⁷³ Zie daarover Arroyo, p. 53-54.

⁷⁴ Kamerstukken 33 611, nr. 2 (Voorstel van Wet).

⁷⁵ Voorstellen tot wijziging van het Vierde Boek (Arbitrage), artikelen 1020-1076 Rv, *TvA* 2005, 36.

⁷⁶ De Ly 2013, p. 154.

toegevoegd. Daarmee is getracht te verduidelijken dat alleen wederpartijen te goeder trouw die niets wisten van de beperking tot het aangaan van een arbitrage bescherming verdienen.⁷⁷ Daardoor zou het artikel, volgens de minister in de Nota van Wijziging, ook meer in overeenstemming zijn met *DIO/IMS*.⁷⁸ In dezelfde Nota van Wijziging stelde de minister bovendien dat moest worden verduidelijkt dat niet alleen rechtspersonen maar ook andere van een staat deel uitmakende organisaties onder de reikwijdte van artikel 10:167 BW zouden vallen.⁷⁹ Dat leidde uiteindelijk tot de volgende bepaling:

“Indien een Staat, andere publiekrechtelijke rechtspersoon of staatsonderneming partij is bij een overeenkomst tot arbitrage, kan hij geen beroep doen op zijn wet of regelgeving teneinde zijn bekwaamheid of bevoegdheid tot het aangaan van de overeenkomst tot arbitrage of de vatbaarheid van het geschil voor beslissing door arbitrage te betwisten, indien de wederpartij deze regeling kende noch behoorde te kennen.”

Voor natuurlijke personen geldt op grond van artikel 10:11 lid 2 BW *jo.* artikel 13 Rome I de Lizardi-regel.⁸⁰ Bij een overeenkomst die is gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, kan een natuurlijke persoon die volgens het recht van dat land handelingsbekwaam en handelingsbevoegd is, zich slechts beroepen op het feit dat hij volgens het recht van een ander land handelingsonbekwaam en handelingsonbevoegd is, indien de wederpartij ten tijde van de sluiting van de overeenkomst deze onbekwaamheid of onbevoegdheid kende of door nalatigheid niet kende. Daarbij wordt algemeen aangenomen dat voorgaande regel (analogisch) geldt voor rechtspersonen.⁸¹ Tegelijkertijd lijkt in het licht van *IMS/DIO* verdedigbaar dat het vereiste, dat partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst in eenzelfde land moeten bevinden, niet heel strikt wordt toegepast. In zijn algemeenheid kan derhalve worden gesteld dat een partij die in het internationale rechtsverkeer te goeder trouw is afgegaan op de bevoegdheid van haar wederpartij tot het aangaan van de arbitrageovereenkomst een zekere bescherming geniet en

⁷⁷ Gezien deze opmerking van de minister in het licht van *DIO/IMS* lijkt in de zinsnede “behoorde te kennen” geen al te zware onderzoeksplicht te mogen worden gelezen voor de wederpartij van een staat, een publiekrechtelijke rechtspersoon of een staatsonderneming, maar een uitgemaakte zaak is dit allerminst.

⁷⁸ Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van Wijziging), p. 7-8.

⁷⁹ Wanneer een onderneming als staatsonderneming kan worden aangemerkt hangt af van de feitelijke situatie. Dat zal derhalve in het licht van alle omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.

⁸⁰ Voorheen artikel 11 EVO, waarover ook Strikwerda 2015, p. 89-91.

⁸¹ Aldus Strikwerda 2015, p. 214 alsmede Asser/Kramer & Verhagen 10-III, 38.

dat een beroep op onbekwaam- of onbevoegdheid in zo'n geval niet zal slagen. Artikel 10:167 BW en de Lizardi-regel gelden niet alleen als arbiters in een Nederlandse arbitrage hebben te beslissen over de (on)geldigheid van de arbitrageovereenkomst,⁸² maar ook als de Nederlandse rechter moet oordelen of de arbitrageovereenkomst al dan niet geldig is.

6.4 Het beginsel van *ius curia novit* en de ambtshalve toepassing van regels

6.4.1 Inleiding

Daar waar de bevoegdheid tot rechtspraak berust op de wet, berust de bevoegdheid van een scheidsgerecht met plaats van arbitrage in Nederland op een arbitrageovereenkomst en de opdracht die het van partijen heeft ontvangen.⁸³ Ofschoon arbitrage als vorm van rechtspraak zijn wortels in Nederland dus vindt in de partijautonomie, opereert een scheidsgerecht niet in een juridisch vacuüm, ongeacht of er wordt beslist naar de regelen des rechts (artikel 1054 lid 1 Rv) of als goede mannen naar billijkheid (artikel 1054 lid 3 Rv).⁸⁴ In alle gevallen moeten arbiters namelijk acht slaan op het toepasselijke recht, zij het dat arbiters die als goede mannen naar billijkheid dienen te oordelen daarvan onder omstandigheden kunnen afwijken als de toepassing van het recht zonder billijkheids-correctie tot een onbillijk resultaat zou leiden,⁸⁵ met dien verstande dat arbiters niet als goede mannen naar billijkheid kunnen oordelen of partijen een geldige arbitrageovereenkomst hebben gesloten.⁸⁶

Bij zijn beslissing moet een scheidsgerecht niet alleen acht slaan op het toepasselijke recht. Ook moet zijn beslissing een fundament hebben in de stellingen van partijen. Een scheidsgerecht moet de zaak dan ook onder-

⁸² Daaraan doet niet af dat het arbitraal vonnis mogelijk niet zal worden erkend of dat het *exequatur* zou kunnen worden geweigerd in het buitenland en dan met name in het thuisland van de partij wier onbekwaam- of onbevoegdheid in het geding is. Zie ook Snijders 2013, p. 97.

⁸³ In gelijke zin Asser 2013, p. 163.

⁸⁴ Daarbij kan worden opgemerkt dat in de Nederlandse praktijk met grote regelmaat wordt beslist als goede mannen naar billijkheid, hetgeen mede komt omdat een aantal arbitragereglementen uitdrukkelijk voorziet in de toepassing van deze maatstaf, aldus bijvoorbeeld artikel 12 lid 1 RvA.

⁸⁵ Zie over het onderscheid tussen beide beslissingsmaatstaven en de precieze invulling van de maatstaf goede mannen naar billijkheid onder meer Schultsz 1986, p. 18 e.v., Van Delden 1995, p. 6-7, Sanders 1996, art. 1054 Rv, aant. 2, Meijer & Van Roessel, p. 35-43 en p. 75-82 alsmede Snijders 2011, art. 1054 Rv, aant. 2 e.v.

⁸⁶ Sillevius Smitt, p. 169 alsmede Meijer 2011, p. 861 en p. 943.

zoeken en beslissen op grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd. In zoverre is de plicht van een scheidsgerecht niet anders dan de plicht van een rechter, voor wie dit expliciet is vastgelegd in artikel 24 Rv. Voor gerechtelijke procedures geldt ingevolge artikel 25 Rv dat partijen het recht hoeven te stellen noch te bewijzen. De rechter moet de rechtsgronden namelijk ambtshalve aanvullen, aangezien hij geacht wordt het recht te kennen. De rechter heeft derhalve tot taak om de toepasselijke regels te vinden en op hem rust eveneens de plicht om die regels op een correcte wijze toe te passen. Oftewel, voor gerechtelijke procedures geldt bij wijze van uitgangspunt het beginsel van *ius curia novit*.⁸⁷ Het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat echter geen vergelijkbare bepaling voor arbitrage, terwijl artikel 25 Rv evenmin via een schakelbepaling van toepassing is verklaard. Aldus rijst de vraag of voornoemd beginsel wel of niet geldt voor arbitrage.

6.4.2 *Ius curia novit en de geldigheid van de arbitrageovereenkomst*

In deze paragraaf beantwoord ik voornoemde vraag voor de situatie dat een scheidsgerecht moet oordelen over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst.⁸⁸ Uit hoofde van artikel 1052 lid 1 Rv – welke bepaling een uitwerking vormt van het *Kompetenz-Kompetenz* principe – zijn scheidsgerichten gerechtigd om te oordelen over hun eigen bevoegdheid. Het oordeel van een scheidsgerecht dat het onbevoegd is betreft een definitief oordeel.⁸⁹ De gewone rechter kan namelijk niet in dat oordeel treden. De beslissing van een scheidsgerecht dat het bevoegd is betreft daarentegen slechts een voorlopig oordeel.⁹⁰ Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter, dat onder meer is verankerd in artikel 6 EVRM en artikel 17 GW, brengt namelijk mee dat het laatste woord hierover aan de rechter is voorbehouden wanneer een partij niet berust in dat oordeel.⁹¹ Het is derhalve de gewone rechter die in dat geval definitief beslist of er wel of geen geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Daarbij is de rechter niet gebonden aan het oordeel van het scheidsgerecht.⁹² Hij dient

⁸⁷ Zie nader paragraaf 4.2.

⁸⁸ De overeenkomst tot arbitrage is, het zij herhaald, geldig als de kwestie vatbaar is voor arbitrage, de overeenkomst zowel formeel als materieel geldig is en een partij zich niet kan beroepen op haar handelingsonbekwaamheid of -onbevoegdheid bij het aangaan van de arbitrageovereenkomst.

⁸⁹ Zo ook Meijer 2011, p. 860.

⁹⁰ Zie onder meer HR 9 januari 1981, NJ 1981, 203, m.nt. Heemskerk (*De Raad/Wagemaker*).

⁹¹ Zie HR 26 september 2014, NJ 2015, 318, m.nt. Snijders (*Ecuador/Chevron & Texaco*).

⁹² In gelijke zin Meijer 2011, p. 861.

zich namelijk een zelfstandig oordeel te vormen⁹³ en voor terughoudendheid is geen plaats.⁹⁴ De rechter moet dan ook volledig (lees: onbeperkt) toetsen of er wel of geen geldige arbitrageovereenkomst is gesloten.⁹⁵

Gezien het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter en gezien het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat een terughoudende toets ten aanzien van de bevoegdheidsvraag niet op zijn plaats is, kan worden verdedigd dat een rechter met inachtneming van de grenzen van de rechtsstrijd, die onder meer worden bepaald door artikel 24 Rv, zelf op zoek moet gaan naar de voor de beantwoording van de bevoegdheidsvraag toepasselijke regels en dat hij die regels op een correcte wijze moet toepassen. Door een aanvulling van rechtsgronden wordt namelijk voorkomen dat de beslissing van het scheidsgerecht op een juridisch onjuiste grond wordt gesanctioneerd en de betrokken partij op een ondeugdelijke grond van geschilbeslechting door de rechter wordt afgehouden. Aldus wordt tevens bewerkstelligd dat de rechter daadwerkelijk recht doet aan de onderliggende rechtsverhouding tussen partijen.⁹⁶ Zodoende is ook verdedigbaar dat de rechter zich in beginsel niets gelegen hoeft te laten liggen aan de juridische bespiegelingen van partijen wanneer hij moet oordelen over het bestaan en de geldigheid van een arbitrageovereenkomst. Artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW gelden alsdan onverkort.

Wanneer mag worden aangenomen dat een rechter niet gebonden is aan de juridische beschouwingen van partijen, dan moet een scheidsgerecht dat over zijn bevoegdheid heeft te oordelen, in een zaak waarin de plaats van arbitrage in Nederland ligt, zo nodig ambtshalve, die regels toepassen die de gewone rechter met inachtneming van de grenzen van de rechtsstrijd in het licht van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW in acht zal nemen bij de toetsing van zijn beslissing. Anders loopt het scheidsgerecht namelijk het risico dat de rechter zijn beslissing vernietigt of het *exequatur* weigert. Zodoende zou ook kunnen worden betoogd dat een scheidsgerecht los van het partijdebat op zoek zal moeten naar de toepasselijke regels en dat het die regels op een correcte wijze moet toepassen. Oftewel, het beginsel van *ius curia novit* geldt voor scheidsgerechten wanneer zij hebben te oordelen over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

⁹³ Aldus eveneens Rechtbank Rotterdam 18 mei 2011, *ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670* (*Cimcool*).

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld Snijders 2011, art. 1065 Rv, aant. 2 alsmede *Ecuador/Chevron & Texaco* (zie noot 91).

⁹⁵ Enzo Meijer 2011, p. 939.

⁹⁶ Daarbij kan als vanzelfsprekend uiteindelijk ook worden geoordeeld dat het scheidsgerecht wel bevoegd was.

Tenzij de arbitrabiliteit ter discussie wordt gesteld of wanneer de verweerder niet in het arbitraal geding was verschenen, kan een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 1065 lid 1 sub a Rv ingevolge lid 2 van datzelfde artikel bij wijze van uitgangspunt alleen slagen als de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de arbitrage voor alle weren is betwist op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. Als dat gebeurd is, rijst evenwel de vraag of partijen hun feitelijke en juridische stellingen nadien nog mogen aanvullen of dat de rechtsstrijd beperkt is tot hetgeen partijen in de arbitrage hebben aangevoerd. Die vraag kwam aan de orde in *Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs*.⁹⁷ A-G Huydecooper vond als volgt:

“Maar dat diezelfde partij, nadat die eenmaal — tijdig — heeft opgeworpen dat zij de bevoegdheid van arbiters betwist, zou moeten aanvaarden dat zij verder aan de gronden die zij voor dit betoog heeft aangevoerd niets wezenlijks meer mag toevoegen (daar komt het betoog van het middel wel op neer) heeft, wat mij betreft, zowel qua aanvaardbaarheid als qua zinnigheid aanzienlijk minder sterke — nee, ronduit zwakke — papieren.”⁹⁸

De Hoge Raad oordeelde op zijn beurt in r.o. 3.4.2:

“In het licht van deze strekking moet beoordeeld worden of en in hoeverre toelaatbaar is dat een partij die in het arbitraal geding voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, het beroep daarop in het verdere verloop van het arbitraal geding dan wel in de vernietigingsprocedure met nieuwe feitelijke of juridische stellingen onderbouwt. Gelet op de over en weer in het geding zijnde belangen kan niet als algemene regel aanvaard worden dat daartoe nimmer ruimte zou bestaan. Zo is denkbaar dat een partij die voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, pas naar aanleiding van een daartegen door de wederpartij gevoerd verweer reden heeft om haar beroep op deze grond (later in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) met nieuwe feitelijke of juridische stellingen te onderbouwen. Anderzijds kan ook niet als algemene regel aanvaard worden dat onbeperkt ruimte bestaat voor het naderhand aanvoeren van geheel nieuwe feitelijke of juridische stellingen ter onderbouwing van een tijdig aange-

⁹⁷ HR 27 maart 2009, NJ 2010, 170, m.nt. Snijders (*Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs*).

⁹⁸ Punt 17 van de conclusie voor het arrest.

voerde grond, omdat zulks de wettelijke regeling te zeer kan ondergraven. Daarom zal telkens in een concreet geval beoordeeld moeten worden of een nieuwe feitelijke of juridische stelling, mede gelet op de eisen van een goede procesorde, in strijd komt met de hiervoor weergegeven strekking van de wettelijke regeling. Daarvoor zal onder meer van belang kunnen zijn in welke mate de nieuwe stellingen aansluiten bij de eerdere (in het arbitraal geding ingenomen) stellingen, wat de reden is voor het niet eerder aanvoeren van de nieuwe stellingen, en of de desbetreffende partij in het arbitraal geding al dan niet werd bijgestaan door een advocaat.”

Met voorgaande overweging – die ook zijn weerslag heeft gevonden in het arrest van de Hoge Raad van dezelfde dag inzake *Poultry/Burshan*⁹⁹ – hebben de arbiter en de rechter de ruimte gekregen om in het licht van alle omstandigheden van het geval te oordelen over de toelaatbaarheid van nova in de loop van het debat.¹⁰⁰ In dat verband komt het mij voor dat ten aanzien van de toelaatbaarheid van feitelijke nova terughoudendheid moet worden betracht als een eerder beroep op die feitelijke stellingen mogelijk was geweest en voor de hand had gelegen. Voor zuiver juridische nova is voor terughoudendheid naar mijn idee evenwel geen plaats indien bij de toets of de arbitrageovereenkomst geldig is het toepasselijke recht gezien artikel 10:2 BW ambtshalve moet worden bepaald en de rechtsgronden ambtshalve moeten worden aangevuld, met dien verstande dat ambtshalve geen regel mag worden toegepast op de gevolgen waarvan partijen een beroep hadden moeten doen.¹⁰¹ Het zal derhalve afhangen van de omstandigheden van het geval of partijen op zo’n regel in de loop van het geding nog een beroep mogen doen. Datzelfde geldt voor nova met een gemengd karakter.¹⁰² Ook voor hen zal de toelaatbaarheid afhangen van de omstandigheden van het geval.

6.4.3 *Ius curia novit en het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt*

Geldt het beginsel van *ius curia novit* ook wanneer het scheidsgerecht heeft te oordelen over het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt? Dat is de vraag die ik in deze paragraaf beantwoord. Bij de beantwoor-

⁹⁹ HR 27 maart 2009, NJ 2010, 169 (*Poultry/Burshan*).

¹⁰⁰ Zie daarover ook Meijer 2011, p. 874 e.v.

¹⁰¹ Zie wat dat betreft ook paragraaf 4.2.2.

¹⁰² Het gaat om nova met een gemengd karakter als er rechtsnormen moeten worden toegepast die naar hun aard een waardering en weging vragen van de relevante omstandigheden.

ding van deze vraag moet worden vooropgesteld dat er een prominente internationale stroming is die verdedigt dat een plicht om de rechtsgronden aan te vullen in ieder geval bij internationale arbitrages niet wenselijk is.¹⁰³ Zo is er tijdens de ILA conferentie van 2008 in Rio de Janeiro bijvoorbeeld een resolutie aangenomen met de strekking dat arbiters in het geval van een internationale arbitrage in beginsel niet zelf en buiten het partijdebat om op zoek moeten gaan naar het toepasselijke recht.¹⁰⁴ The Secretariat's Guide to ICC Arbitration vermeldt in dit verband in randnummer 3-769 bijvoorbeeld:

"In some legal systems, the parties may rely on the judge's knowledge of the law rather than setting out and explaining the law to the judge. This is usually not the case in international arbitration, for which this approach is undesirable. If an arbitral tribunal considers that certain relevant provisions of the law governing the merits have not been presented to it, it is well advised to adopt one of two approaches. One is to ignore the point, even if it means rejecting a claim or defence. The other is to invite the parties to make submissions on those potentially relevant provisions of law."

Als een scheidsgerecht de rechtsgronden in een voorkomend geval niet aanvult, kan dat ertoe leiden dat bij de afdoening van het materiële geschil de eigenlijk toepasselijke regels niet of niet juist worden toegepast. Behalve wanneer recht van openbare orde in het geding is, levert dat naar Nederlands recht, ongeacht of er sprake is van een nationale of internationale arbitrage, evenwel geen vernietigingsgrond op.¹⁰⁵ Anders zou het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitragepraktijk namelijk in het gedrang komen. De inhoud van het arbitraal vonnis en met name zijn materiële juistheid staan in beginsel dan ook niet ter beoordeling van de rechter.¹⁰⁶ Omdat een verkeerde toepassing van het recht op grond van de Nederlandse *lex arbitri* in beginsel dus niet wordt bestraft met vernietiging kan eveneens worden geconcludeerd dat een arbitraal vonnis – behalve wanneer recht van openbare orde in het geding is – niet bloot staat aan vernietiging als een scheidsgerecht de

¹⁰³ Zie hieromtrent onder meer Alberti, p. 25.

¹⁰⁴ ILA Rapport 2008, p. 12 e.v.

¹⁰⁵ Vergelijk voor een andere opvatting bijvoorbeeld de beslissing van een *ad hoc* Committee van 30 juli 2010 inzake *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, voor welk Committee het niet toepassen van het toepasselijke recht een reden was om de beslissing van het scheidsgerecht te vernietigen.

¹⁰⁶ HR 22 december 1978, NJ 1979, 521, m.nt. Sanders (*Zaunbrecher/Muyzert*).

rechtsgronden niet heeft aangevuld. Tegelijkertijd is een aanvulling van rechtsgronden in Nederland ook niet verboden.¹⁰⁷ Het is derhalve voorstelbaar dat arbiters door middel van een aanvulling van rechtsgronden bijdragen aan eerlijke(re), rechtvaardige(re) en juiste(re) beslissingen.¹⁰⁸

In dit kader rijst ook de vraag of een scheidsgerecht op grond van artikel 1054 lid 4 Rv zelfstandig op zoek moet gaan naar de toepasselijke handelsgebruiken en die handelsgebruiken los van het partijdebat moet toepassen. Uit hoofde van voornoemd artikel moeten arbiters in alle gevallen rekening houden met de toepasselijke handelsgebruiken, ongeacht of zij beslissen als goede mannen naar billijkheid dan wel naar de regelen des rechts.¹⁰⁹ Beslissen de arbiters naar de regelen des rechts, dan zullen zij zich volgens Sillevius Smitt wel moeten afvragen of het toepasselijke recht ruimte laat voor toepassing van de handelsgebruiken.¹¹⁰ Verder wordt in de literatuur de opvatting gehuldigd dat het arbitraal vonnis niet bloot staat aan vernietiging als het scheidsgerecht geen rekening heeft gehouden met de toepasselijke handelsgebruiken.¹¹¹ Dat zou slechts anders zijn als partijen het scheidsgerecht (uitdrukkelijk) zouden hebben

¹⁰⁷ Vanuit een rechtsvergelijkend perspectief kan in dit verband worden verwezen naar artikel 34 van de Engelse arbitragewet, welk artikel bepaalt dat het scheidsgerecht, behoudens andersluidende partijafspraken, bevoegd is om zelf te bepalen *“whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law”*. Verder kan worden verwezen naar de beslissing van een *ad hoc* Committee van 1 november 2006 inzake *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7. Ook in Finland is bijvoorbeeld algemeen geaccepteerd dat scheidsgerechten de rechtsgronden mogen aanvullen. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Finse Hoge Raad van 2 juli 2008, *Stockholm International arbitration Review* 2008/3, p. 259 e.v. Verder geldt in Zwitserland als uitgangspunt dat scheidsgerechten de rechtsgronden ambtshalve mogen aanvullen. Zie bijvoorbeeld Tribunal Fédéral Suisse 15 februari 2010, 4A_464/200 (te raadplegen via www.bger.ch) en Tribunal Fédéral Suisse 7 januari 2011, 4A_440/2010 (te raadplegen via www.bger.ch). Laatstgenoemde uitspraak zou mogelijk zelfs een verplichting op arbiters kunnen leggen om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, nu het Tribunal Fédéral Suisse overwoog: *“Le principe jura novit curia, qui est applicable à la procédure arbitrale, impose en effet aux arbitres d’appliquer le droit d’office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties. Il leur est donc loisible de retenir des moyens qui n’ont pas été invoqués, car on n’est pas en présence d’une nouvelle demande ou d’une demande différente, mais seulement d’une nouvelle qualification des faits de la cause.”* Zie wat dat betreft ook Tribunal Fédéral Suisse 15 april 2015, 4A_554/2014 (te raadplegen via www.bger.ch).

¹⁰⁸ Vergelijk ook Zettermarck, p. 111-113 en Danielsson, p. 148 e.v., waar zij uiteenzetten dat arbiters in Zweedse arbitrages met Zweedse partijen verplicht zijn om de rechtsgronden aan te vullen, terwijl algemeen wordt aangenomen dat zo’n plicht niet bestaat bij internationale arbitrages. Of arbiters de rechtsgronden in dat geval wel mogen aanvullen, is in Zweden nog onderwerp van discussie.

¹⁰⁹ Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 22-23.

¹¹⁰ Sillevius Smitt, p. 170.

¹¹¹ Sanders 1996, art. 1054 Rv, aant. 3.

opgedragen om de handelsgebruiken toe te passen,¹¹² maar buiten dat geval zouden arbiters *de facto* vrij zijn om naar eigen goeddunken te beslissen of zij de handelsgebruiken toepassen.¹¹³

6.4.4 De aanvulling van rechtsgronden en haar beperkingen

Wil een scheidsgerecht de rechtsgronden aanvullen, dan moet het zich wel realiseren dat zijn mogelijkheden niet onbeperkt zijn. Zo zijn arbiters in de eerste plaats gebonden aan de arbitrageovereenkomst of andere partijafspraken, die in dit verband beperkingen kunnen bevatten. In de tweede plaats mogen arbiters de grenzen van artikel 24 Rv niet overtreden door de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer aan te vullen. In de derde plaats mogen arbiters de rechtsgronden net als de rechter niet aanvullen als een partij een beroep moet doen op de gevolgen van de betreffende regel.¹¹⁴ Zo mag een scheidsgerecht als Nederlands recht van toepassing is bijvoorbeeld niet ambtshalve oordelen dat een vordering is verjaard. In de vierde plaats zijn arbiters in beginsel gebonden aan een juridische kwalificatie door partijen van hun rechtsverhouding¹¹⁵ en mogen arbiters niet meer of anders toewijzen dan gevorderd of nalaten te beslissen omtrent één of meer vorderingen die aan hun oordeel waren onderworpen.¹¹⁶ In de laatste plaats mogen arbiters het beginsel van *audiatur et altera pars* niet schenden,¹¹⁷ hetgeen zou kunnen gebeuren als één van de partijen bij arbitraal vonnis wordt verrast met een aanvulling. Wat dat betreft bepaalt bijvoorbeeld The Secretariat's Guide to ICC Arbitration in randnummer 3-770:

“An arbitral tribunal should be very cautious about applying any provision of law on which the parties had not an opportunity to comment or make submissions. Unlike judges in some civil law jurisdictions, arbitral tribunals that decide a case on the basis of legal concepts not raised by any of the parties will risk breaching due process requirements, rendering the award vulnerable to being set aside or difficult to enforce. If an arbitral tribunal is contemplating the application of legal concepts not argued by the parties, it should seek to uphold due process by presenting those concepts to the parties and inviting their

¹¹² Meijer 2011, p. 354.

¹¹³ Zie Meijer 2011, p. 354.

¹¹⁴ Zie daarover paragraaf 4.2.

¹¹⁵ Zie ook *Eco Swiss/Benetton* (zie noot 5).

¹¹⁶ Dat volgt uit artikel 1065 lid 1 sub c Rv.

¹¹⁷ In dat geval is het vonnis namelijk tot stand gekomen in strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub e Rv.

comments. Yet even this should be done with caution, as one side may feel that it unfairly favours the opposing side by giving it ideas on how to argue its case.”

Een aanvulling van rechtsgronden hoeft evenwel niet per definitie tot een verrassingsbeslissing te leiden. Daarvan is namelijk alleen sprake als de rechtsgrond geen onderwerp van debat is geweest en partijen bovendien niet bedacht konden of hoefden te zijn op toepassing van die rechtsgrond.¹¹⁸ Het Zwitserse *Tribunal Fédéral* verwoordt het op bondige wijze in het kader van een arbitrale procedure bijvoorbeeld als volgt:

“[...] le droit d’être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Le droit des parties d’être interpellées sur des questions juridiques n’est reconnu que de manière restreinte. En règle générale, selon l’adage *jura novit curia*, les tribunaux étatiques ou arbitraux apprécient librement la portée juridique des faits et ils peuvent statuer aussi sur la base de règles de droit autres que celles invoquées par les parties. En conséquence, pour autant que la convention d’arbitrage ne restreigne pas la mission du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevés par les parties, celles-ci n’ont pas à être entendues de façon spécifique sur la portée à reconnaître aux règles de droit. A titre exceptionnel, il convient de les interpellier lorsque le juge ou le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n’a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence (ATF 130 III 35 consid. 5 et les références).”¹¹⁹

Wil een scheidsgerecht vermijden dat het zou kunnen worden verweten dat het een verrassingsbeslissing heeft gewezen, dan zou het partijen de mogelijkheid kunnen geven om zich uit te laten over de (voorgenomen) aan te vullen rechtsgrond(en). Daarbij zij nog bedacht dat een scheidsgerecht ingevolge artikel 1042 Rv ook een deskundige kan benoemen om zich voor te laten lichten over het recht,¹²⁰ dan wel op grond van artikel 1044 Rv door tussenkomst van de voorzieningenrechter van de Recht-

¹¹⁸ Zie ook Lindijer, p. 321 e.v.

¹¹⁹ Tribunal Fédéral Suisse 9 februari 2009, 4A_400/2008 alsmede bijvoorbeeld Tribunal Fédéral Suisse 9 juni 2009, 4A_108/2009. Zie ook Tribunal Fédéral Suisse 3 augustus 2010, 4A_254/2010, Tribunal Fédéral Suisse 15 juli 2013, 4A_188/2013, Tribunal Fédéral Suisse 5 augustus 2013, 4A_214/2013 en Tribunal Fédéral Suisse 15 april 2015, 4A_554/2014 (allen te raadplegen via www.bger.ch).

¹²⁰ Als een rechter, zoals in paragraaf 4.5 bleek, een deskundige mag benoemen om hem te informeren over vreemd recht, dan zie ik niet in waarom een scheidsgerecht dat niet zou mogen.

bank Den Haag een verzoek kan doen om inlichtingen in te winnen over buitenlands recht als bedoeld in artikel 3 van de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht.

6.5 Het recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst

6.5.1 *Inleiding*

In de vorige paragrafen van dit hoofdstuk is gebleken dat een scheidsrecht enkel bevoegd is om van het geschil kennis te nemen als er een geldige arbitrageovereenkomst tussen partijen bestaat. Die overeenkomst kan zijn neergelegd in een compromis of arbitraal beding. In het eerste geval verbinden partijen zich om een bestaand geschil aan arbitrage te onderwerpen. In het tweede geval verbinden partijen zich om toekomstige geschillen aan arbitrage te onderwerpen.¹²¹ De arbitrageovereenkomst is vervolgens geldig als (a) de kwestie vatbaar is voor arbitrage, (b) een partij zich niet kan beroepen op haar handelingsonbekwaamheid of -onbevoegdheid bij het aangaan van de arbitrageovereenkomst, en (c) die overeenkomst bovendien zowel formeel als materieel geldig is. In paragraaf 6.2 en paragraaf 6.3 is reeds aan de orde gekomen welk recht van toepassing is ten aanzien van punt (a) respectievelijk punt (b). In deze paragraaf komt punt (c) aan bod. Oftewel, hierna onderzoek ik welk recht van toepassing is op de formele en materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

6.5.2 *De leer van de separabiliteit*

Het is algemeen geaccepteerd dat de arbitrageovereenkomst moet worden beschouwd als een afzonderlijke overeenkomst, die los staat van de hoofdovereenkomst waarvan zij deel uitmaakt of waarop zij betrekking heeft.¹²² Zodoende moet de overeenkomst tot arbitrage worden onderscheiden van de hoofdovereenkomst. Aldus geldt de separabiliteit ongeacht of de arbitrageovereenkomst deel uitmaakt van de hoofdovereenkomst dan wel een separate overeenkomst vormt en is het leerstuk van de separabiliteit van toepassing op zowel het arbitraal beding als het compromis. In Nederland is deze regel neergelegd in artikel 1053 Rv en het leerstuk van de separabiliteit dient zowel door de arbiter als de rech-

¹²¹ Zie artikel 1020 lid 2 Rv.

¹²² Zie hieromtrent onder meer Sanders 1999, p. 171 e.v., Snijders 2011, art. 1053 Rv, aant. 1 alsmede art. 1074 Rv, aant. 1 en Meijer 2011, p. 223 e.v.

ter te worden geëerbiedigd.¹²³ Beiden zullen de arbitrageovereenkomst dus als een zelfstandige overeenkomst moeten beschouwen.¹²⁴ Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan zullen de arbiter en de rechter hetzelfde recht moeten toepassen wanneer zij voor de vraag komen te staan of de overeenkomst tot arbitrage geldig is.¹²⁵ Daarbij geldt dat de arbitrageovereenkomst en de hoofdovereenkomst kunnen worden beheerst door verschillende rechtstelsels.

6.5.3 *Het toepasselijke recht op de arbitrageovereenkomst*

Bij de beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is op de arbitrageovereenkomst moet voor ogen worden gehouden dat die overeenkomst een duaal karakter heeft. Zo is de arbitrageovereenkomst enerzijds formeel of procedureel van aard. Door te kiezen voor arbitrage als methode van geschilbeslechting onttrekken partijen het geschil immers aan de bevoegdheid van de overheidsrechter. Anderzijds is de arbitrageovereenkomst ook materieel of contactueel van aard. Het is en blijft namelijk ook gewoon een overeenkomst, waarop de relevante bepalingen van het vermogensrecht, net als op andere overeenkomsten, van toepassing zijn. Vanwege dit duale karakter wordt onderscheid gemaakt tussen het formeel recht en het materieel recht dat de overeenkomst tot arbitrage beheerst. Hierna bespreek ik eerst welk formeel recht toepasselijk is op de arbitrageovereenkomst. Daarna komt aan de orde welk materieel recht van toepassing is.

6.5.3.1 *Het toepasselijke formeel recht*

Elke staat kan in beginsel voor zichzelf bepalen welke aangelegenheden op zijn grondgebied aan arbitrage kunnen worden onderworpen. Zo kan in het ene land bijvoorbeeld wel de enkele vaststelling van de hoedanigheid of van de toestand van zaken aan arbitrage worden onderworpen, maar hoeft dat in een ander land niet het geval te zijn. Ook kan elke staat zelf bepalen aan welke (vorm)vereisten de arbitrageovereenkomst moet voldoen. Aldus vereist het ene land bijvoorbeeld wel een schriftelijke arbitrageovereenkomst, terwijl een ander land dat niet verlangt. Zodoen-

¹²³ Overigens is er in de Nederlandse literatuur nog wel een debat gevoerd over de vraag of er ook gesepareerd kan worden als de totstandkoming van de hoofdovereenkomst ter discussie staat, waarover onder meer A-G Hartkamp in punt 7 van zijn conclusie voor HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 123, m.nt. Sniijders (*Van der Kloof/CSU*), Sniijders in punt 5(f) van zijn noot onder voornoemd arrest, Sanders 1996, art. 1053 Rv, aant. 2, Sniijders 2011, art. 1053 Rv, aant. 1 en Meijer 2011, p. 229 e.v.

¹²⁴ Zie ook Meijer 2011, 239-240.

¹²⁵ Zie paragraaf 6.4.2.

de kan het formeel recht per staat verschillen en voor de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst kan het derhalve uitmaken welk formeel recht van toepassing is. Daarom rijst de vraag welk formeel recht in een concreet geval moet worden toegepast. Bij de beantwoording van die vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen arbitrage in en arbitrage buiten Nederland. Ook kan nog onbekend zijn waar de arbitrage zal plaatsvinden. In het vervolg van deze paragraaf komen deze situaties aan de orde.

6.5.3.1(a) *Toepasselijk recht bij arbitrage in Nederland*

De Eerste Titel van het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat de Nederlandse bepalingen die betrekking hebben op de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst, zoals artikel 1020 Rv en artikel 1021 Rv.¹²⁶ Ingevolge artikel 1073 lid 1 Rv is deze titel van toepassing als de plaats van arbitrage in Nederland ligt.¹²⁷ Omdat het in beginsel aan de Nederlandse wetgever is om voor te schrijven welke soort kwesties op zijn grondgebied aan arbitrage kunnen worden onderworpen en aan welke (vorm)vereisten moet worden voldaan, is een afwijkende rechtskeuze ten aanzien van het formeel recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst niet mogelijk nu een wettelijke regel die daarin voorziet ontbreekt. De arbiter en de rechter zullen derhalve de relevante bepalingen van het Nederlandse recht moeten toepassen wanneer zij voor de vraag worden geplaatst of de overeenkomst tot arbitrage formeel geldig is.¹²⁸

6.5.3.1(b) *Toepasselijk recht bij arbitrage buiten Nederland*

Wanneer de plaats van arbitrage buiten Nederland ligt, kan de Nederlandse rechter ook voor de vraag komen te staan of er een geldige ar-

¹²⁶ Bepalingen van formeel recht kunnen overigens ook bepalingen van materieel recht, zoals bijvoorbeeld artikel 6:227a lid 1 BW, van toepassing verklaren op de overeenkomst tot arbitrage.

¹²⁷ Omdat artikel 1073 lid 1 Rv voorziet in een specifieke verwijzingsregel (lees: *lex specialis*) voor de vaststelling van het toepasselijke formeel recht wanneer de plaats van arbitrage in Nederland ligt, komt artikel 10:154 BW – dat Rome I van overeenkomstige toepassing verklaart op verbintenissen uit overeenkomst die in beginsel buiten haar werkingssfeer vallen – niet voor toepassing in aanmerking. Wanneer de plaats van arbitrage in Nederland ligt, speelt Rome I reeds om die reden derhalve geen rol bij de vaststelling van het toepasselijke formeel recht, nog ervan afgezien dat haar verwijzingsregels zich niet lenen voor (integrale) toepassing. Zie hieromtrent ook Meijer 2011, p. 315-320 en Meijer 2013-I, p. 110-111. Vergelijk evenwel Kamerstukken 33 611, nr. 3 (MvT), p. 8, waarover meer in paragraaf 6.5.3.1(b)(3).

¹²⁸ Zie ook Franx, p. 78.

bitrageovereenkomst bestaat. Zo kan één van de partijen in de *post-award* fase in het kader van een *exequatur*procedure betwisten dat de arbitrageovereenkomst formeel geldig is. Ook kan één der partijen de zaak in de *pre-award* fase ter inhoudelijke beoordeling voorleggen aan de Nederlandse rechter. De gedaagde kan zich dan voor alle weren beroepen op de onbevoegdheid van de rechter en in dat verband aanvoeren dat partijen een geldige overeenkomst tot arbitrage hebben gesloten. Blijkt dat inderdaad het geval, dan moet de rechter de zaak naar arbitrage verwijzen althans zich onbevoegd verklaren.

6.5.3.1(b)(1) *Het Verdrag van New York*

Uit hoofde van artikel II lid 3 NYC moet een geldige arbitrageovereenkomst die voldoet aan de vereisten van artikel II NYC worden erkend en moet de rechter de zaak kort gezegd naar arbitrage verwijzen als één van de partijen zich beroept op het bestaan van die overeenkomst.¹²⁹ Heeft er daarentegen een arbitrage plaatsgevonden, dan kan de rechter de erkenning en het verlov tot tenuitvoerlegging weigeren op grond van artikel V lid 1 aanhef en onder a NYC als de arbitrageovereenkomst niet voldoet aan de vereisten van artikel II NYC.¹³⁰

Artikel II lid 1 en artikel II lid 2 NYC formuleren de formele vereisten waaraan de overeenkomst tot arbitrage moet voldoen. Het moet gaan om (a) een schriftelijke overeenkomst¹³¹ (b) waarbij partijen zich verbinden aan een uitspraak van een scheidsgerecht te onderwerpen (c) alle of bepaalde geschillen die tussen hen zijn gerezen of die tussen hen zouden kunnen rijzen (d) naar aanleiding van een bepaalde al dan niet contractuele rechtsbetrekking.¹³² De aldus geformuleerde eisen moeten worden gekwalificeerd als eenvormig recht en zij moeten verdragsautonoom en uniform worden uitgelegd.¹³³ Daarbij is de rol van het nationale formeel recht uitgespeeld als dat striktere of additionele regels zou stellen.¹³⁴

¹²⁹ Voor de Engelse tekst van artikel II lid 3 NYC verwijs ik naar paragraaf 6.2.5.

¹³⁰ Nacimiento, p. 226.

¹³¹ Zie over het schriftelijkheidsvereiste ook Van den Berg 2012, p. 325 e.v. en de Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958 (2006) alsmede de daarbij behorende *travaux préparatoires*.

¹³² Voor de Engelse tekst van artikel II lid 1 NYC verwijs ik naar paragraaf 6.2.5.

¹³³ Zie ook Van den Berg 1981, p. 123 en p. 170.

¹³⁴ In gelijke zin bijvoorbeeld Lew, Mistelis & Kröll, p. 113, Schramm, Geisinger & Pinsolle, p. 46-47 alsmede Born 2014, p. 618.

Nationaal recht speelt echter wel een rol in het sporadische geval dat een issue niet kan worden opgelost aan de hand van artikel II leden 1 en 2 NYC.¹³⁵ Artikel II bepaalt voor dat geval helaas niet welk nationaal recht dan moet worden toegepast. Het lijkt mij dat in zo'n geval moet worden aangehaakt bij het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Laat dat recht vervolgens de toepassing van een ander formeel recht toe, en hebben partijen een geldige rechtskeuze voor een ander recht gemaakt, dan kan in afwijking van het formeel recht van de plaats van arbitrage het recht worden toegepast dat partijen toepasselijk hebben verklaard op de arbitrageovereenkomst. Aldus wordt zeker gesteld dat het recht wordt toegepast dat ook in de plaats van arbitrage wordt toegepast.¹³⁶

6.5.3.1(b)(2) *Het meestbegunstigingsbeginsel*

Voor het geval waarin het nationale recht minder strenge vereisten formuleert dan het Verdrag van New York heeft Van den Berg in zijn proefschrift uit 1981 reeds betoogd dat op grond van het meestbegunstigingsbeginsel van artikel VII lid 1 NYC eveneens een beroep kan worden gedaan op het gunstiger nationaal recht.¹³⁷ Tegelijkertijd was Van den Berg evenwel van mening dat een beroep op nationaal recht de buitenwerkingstelling van het Verdrag van New York *in toto* zou meebrengen.¹³⁸ Die zienswijze heeft nadien in Nederland postgevat.¹³⁹ Zo wordt algemeen betoogd dat moet worden voldaan aan de voorwaarden van hetzij de nationale regeling, hetzij de regeling van het Verdrag van New York.¹⁴⁰ Daarbij wordt aangenomen dat partijen in Nederland in de *pre-award* fase een beroep kunnen doen op artikel II lid 3 NYC of artikel 1074 Rv. In de *post-award* fase zou vervolgens een beroep kunnen worden gedaan op artikel 1075 *jo.* het Verdrag van New York dan wel artikel 1076 Rv. In zijn beschikking van 9 september 2015 heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant de nationale regeling en het Verdrag van New York nochtans gelijktijdig toegepast.¹⁴¹ In die zaak

¹³⁵ Zie ook Meijer 2011, p. 367.

¹³⁶ Zie voor de vraag of buitenlandse scheidsrechters en rechters gebonden zijn aan een verwijzing naar arbitrage bijvoorbeeld Corte di Cassazione 12 januari 2007, *Yearbook Commercial Arbitration XXXIII* (2008), p. 600-606. Vergelijk ook considerans 12 van Brussel Ibis.

¹³⁷ Van den Berg 1981, p. 86-88 en p. 178-180.

¹³⁸ Van den Berg 1981, p. 85-86 en p. 180.

¹³⁹ Ook internationaal gezien zou dit de heersende leer zijn, aldus Wolff 2012, p. 149 en Quinke, p. 469.

¹⁴⁰ Zie aldus onder meer Snijders 2011, art. 1076 Rv, aant. 1 en Meijer 2011, p. 370.

¹⁴¹ Voorzieningenrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant 9 september 2015 (*Wuxi Long Chen/CVB*), niet gepubliceerd.

had Long Chen een *exequatur* verzocht van een Chinees arbitraal vonnis, dat in de Chinese taal was geweest. Bij haar verzoek had Long Chen onder meer een Engelse beëdigde vertaling en een niet-beëdigde Nederlandse vertaling gevoegd van de arbitrageovereenkomst en het arbitraal vonnis. Strikt genomen werd daardoor niet voldaan aan artikel IV lid 2 NYC, op grond waarvan een beëdigde Nederlandse vertaling wel had moeten worden overgelegd.¹⁴² De voorzieningenrechter overwoog evenwel:

“Het feit dat door Long Chen geen vertaling van de overeenkomst en arbitraal vonnis door een beëdigd vertaler is overgelegd, kan niet leiden tot afwijzing van het verzoek. Long Chen baseert haar verzoek mede op het Verdrag van New York. Dit verdrag staat toe dat een partij zich beroept op de wet van het land waar tenuitvoerlegging wordt verzocht en kent het zogenaamde meestbegunstigingsbeginsel, op grond waarvan het Verdrag er niet aan in de weg staat dat een partij zich voor de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis beroept op een gunstiger regeling da[n] het Verdrag. Op grond van artikel 1075 jo. 986 lid 2 Rv behoeven de bij het exequaturverzoek over te leggen stukken niet verplicht voorzien te zijn van een vertaling van een beëdigd vertaler indien zij in een vreemde taal zijn gesteld. De rechter kan ingevolge artikel 1075 Rv in samenhang gelezen met artikel 986 lid 3 Rv wel vertaaleisen stellen. De overeenkomst en het arbitraal vonnis zijn zowel in het Engels als in het Nederlands vertaald en als zodanig in het geding gebracht. Gesteld noch gebleken is dat CVB de inhoud van de overeenkomst dan wel het arbitraal vonnis niet begrijpt of deze onjuist zou zijn. De rechtbank ziet dan ook geen noodzaak om alsnog een vertaling van de stukken door een beëdigd vertaler op te vragen.”

Met de toepassing van een gunstigere nationale regel werd aldus voorbij gegaan aan het vereiste van artikel IV lid 2 NYC, terwijl het verzoek voor het overige wel werd getoetst aan de hand van het Verdrag van New York. De voorzieningenrechter paste het verdrag en het nationale recht aldus naast elkaar toe.¹⁴³

¹⁴² Zie voor de toepassing van artikel IV NYC onder meer Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 18 juni 2009, *ECLI:NL:RBAMS:2009:BI9930 (Lojack)* alsmede Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 5 augustus 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:5767 (Marvesal/Gamma-Trade)*. Beide voorzieningenrechtters menen kort gezegd dat op het niet nakomen van de vereisten van artikel IV NYC geen sanctie staat.

¹⁴³ In het buitenland heeft ook de gedachte ingang gevonden dat het mogelijk zou moeten zijn dat partijen tegelijkertijd een beroep doen op het Verdrag van New York en nationaal

6.5.3.1(b)(3) *De commune regels*

Op grond van artikel 1074 Rv moet de Nederlandse rechter – wanneer hij is aangezocht om het geschil inhoudelijk te beslechten – zich onbevoegd verklaren als partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten en een partij zich voor alle weren beroept op het bestaan van die overeenkomst, tenzij deze overeenkomst ongeldig is naar het op haar toepasselijke recht.¹⁴⁴ Vraag is alleen welk recht van toepassing is op de arbitrageovereenkomst en hoe dat recht dient te worden bepaald. Volgens de wetgever moet dit recht worden vastgesteld met inachtneming van de algemene regels van internationaal privaatrecht.¹⁴⁵ Het ligt voor de hand dat hiermee wordt bedoeld op regels van het Nederlands internationaal privaatrecht.¹⁴⁶ In Nederland kennen wij evenwel geen geschreven conflictregel ter bepaling van het formeel recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst wanneer de plaats van arbitrage buiten Nederland ligt. Naar mijn mening kan evenwel alleen dat formeel recht worden toegepast dat van toepassing is in de plaats van arbitrage, aangezien de arbitrage het nauwst verbonden is met dat land en de arbitrageovereenkomst daar moet (kunnen) worden afgedwongen. Het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage is het formeel recht dat op grond van het recht van de plaats van arbitrage moet worden toegepast in het licht van de omstandigheden van het geval.

Wordt de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis gezocht, dan kan de partij die een *exequatur* verlangt in twee ge-

recht. Zie wat dat betreft bijvoorbeeld Oberlandesgericht Hamm 2 november 1983, *Yearbook Commercial Arbitration* XIV (1989), p. 629-633, Gaillard & Savage, p. 137, Oberlandesgericht Köln 23 april 2004, *Yearbook Commercial Arbitration* XXX (2005), p. 557-562 alsmede Schramm, Geisinger & Pinsolle, p. 48-49. In lijn met deze visie zou telkens één of meer bepalingen (zoals bijvoorbeeld artikel II lid 2) van het verdrag buiten werking kunnen worden gesteld ten faveure van nationaal recht. Vraag is alleen welk nationaal recht. Twee opvattingen worden vervolgens verdedigd. Enerzijds wordt betoogd dat op grond van artikel VII lid 1 NYC alleen het formeel recht van de aangezochte rechter voor toepassing in aanmerking komt (zie wat dat betreft bijvoorbeeld Rüßmann & Timár, p. 843 en p. 853 alsmede Oberlandesgericht Celle 14 december 2006, *Yearbook Commercial Arbitration* XXXII (2007), p. 372-382). Anderzijds wordt verdedigd dat uit hoofde van artikel VII lid 1 NYC ook het recht kan worden toegepast waarnaar het conflictenrecht van de aangezochte rechter verwijst (zie aldus onder meer BGH 21 september 2005, *SchiedsVZ* 2005, 306 alsmede Quinke, p. 468). Vergelijk in dit verband Van den Berg 2012, p. 329, waar hij stelt dat vanuit een technisch oogpunt het Verdrag van New York in zulke gevallen niet meer wordt toegepast.

¹⁴⁴ Zie paragraaf 6.2.5 voor de vraag wanneer artikel 1074 Rv van toepassing is.

¹⁴⁵ Kamerstukken 18 464, nr. 6 (MvA), p. 40.

¹⁴⁶ Sanders 1996, art. 1074 Rv, aant. 1.3, Snijders 2011, art. 1074 Rv, aant. 1 en Meijer 2011, p. 370.

vallen een beroep doen op artikel 1076 Rv. In de eerste plaats kan artikel 1076 Rv worden ingeroepen als het Verdrag van New York niet van toepassing is. In de tweede plaats kan artikel 1076 Rv worden ingeroepen als dit verdrag wel van toepassing is, maar dit artikel gunstiger uitpakt dan de verdragsregeling.¹⁴⁷ Op grond van artikel 1076 lid 1 sub a Rv moet de geldigheid van de arbitrageovereenkomst worden beoordeeld naar het op die overeenkomst toepasselijke recht. Naar Nederlands internationaal privaatrecht is dat, zoals ik hiervoor reeds heb uiteengezet, voor de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst het formeel recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Is de arbitrageovereenkomst vervolgens formeel geldig naar dit recht, maar wordt niet voldaan aan de vereisten van artikel II NYC, dan kan het de moeite lonen om het *exequatur*verzoek te baseren op artikel 1076 Rv.

Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 10:166 BW, welk artikel later in paragraaf 6.5.3.2 wordt besproken, kan worden afgeleid dat de minister, in ieder geval op het moment dat hij de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel naar de Tweede Kamer zond, van mening was dat via de route van artikel 10:154 BW moet worden aangesloten bij Rome I om het toepasselijke formeel recht op de arbitrageovereenkomst te bepalen.¹⁴⁸ Ik zou evenwel menen dat artikel 10:154 BW noch Rome I in dit verband een rol horen te spelen.¹⁴⁹ De voornaamste reden hiervoor is dat Rome I zich eigenlijk niet leent voor analoge (integrale) toepassing. De toepassing van artikel 3 (rechtskeuze) alsmede artikel 11 (vorm) maar wellicht ook artikel 4 lid 4 (nauwste verbondenheid) hoeft er namelijk niet per se in te resulteren dat de Nederlandse rechter een recht toepast dat moet worden toegepast in de plaats van arbitrage,¹⁵⁰ met mogelijk een hinkende arbitragepraktijk tot gevolg.¹⁵¹ Het is zodoende beter om als conflictregel aan te houden dat de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst moet worden beoordeeld naar het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Is de overeenkomst tot arbitrage formeel geldig naar

¹⁴⁷Zie ook Van den Berg 1987, p. 127.

¹⁴⁸ Aldus Kamerstukken 33 611, nr. 3 (MvT), p. 8, waar de minister bij de invoering van artikel 10:166 BW ongemotiveerd en in een tussenzin stelde dat artikel 10:166 BW artikel 10:154 BW onverlet laat wat de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst betreft. Nadat hier in de literatuur kritiek op werd geleverd (zie bijvoorbeeld Meijer 2013-I, p. 110-111) heeft de minister dat standpunt nadien niet meer herhaald, laat staan uitgewerkt. Daarbij zij bovendien opgemerkt dat er in de parlementaire geschiedenis bij 10:154 BW geen aanwijzing kan worden gevonden dat de wetgever voor ogen heeft gehad dat dit artikel ook van toepassing zou moeten zijn op arbitrageovereenkomsten.

¹⁴⁹ Aldus eveneens Meijer 2013-I, p. 110-111.

¹⁵⁰ Vergelijk Strikwerda 2012, p. 217 e.v. voor de discussies die kunnen rijzen bij de toepassing van Rome I op de forumkeuzeovereenkomst.

¹⁵¹ Zie wat dat betreft ook paragrafen 6.5.3.1(b)(1) en 6.5.3.1(b)(2).

dat recht, dan is zij dat hier ook. Is de arbitrageovereenkomst naar dat recht formeel niet geldig, dan is zij dat hier evenmin. Ter vermijding van onduidelijkheden en misverstanden zou vervolgens een nieuw lid aan artikel 10:166 BW kunnen worden toegevoegd, inhoudende dat de formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage wordt beheerst door het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage.

6.5.3.1(c) *Toepasselijk recht bij onbekende plaats van arbitrage*

Onze wet voorziet niet in een regeling voor het geval onbekend is wat de plaats van arbitrage is. Onze wet laat derhalve in het midden aan de hand van welk recht of welke vereisten in zo'n geval moet worden getoetst of de arbitrageovereenkomst formeel geldig is. Dat is onder meer een probleem als een scheidsgerecht de vraag naar de formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage onverhoopt zou willen afdoen voorafgaand aan een plaatsbepaling. Daarnaast is voornoemde leemte een probleem als de rechter wordt aangezocht terwijl de plaats van arbitrage nog niet is vastgesteld. Dan is immers onduidelijk of de rechter zijn (on)bevoegdheid moet toetsen op grond van artikel 1022 Rv, artikel II lid 3 NYC of artikel 1074 Rv. Aldus is ook onduidelijk of de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst wordt beheerst door Nederlands formeel recht, de formele vereisten van artikel II NYC en/of het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. In de literatuur vindt men wel de opvatting dat de formele geldigheid in dit geval moet worden beoordeeld naar de *lex fori*.¹⁵² De toepassing van dit recht lijkt mij echter minder geïndiceerd als uit de arbitrageovereenkomst voortvloeit of anderszins gegeven is dat de arbitrage buiten Nederland zal plaatsvinden. In geen geval is er dan immers nog een aanknopng met de *lex fori*. In zo'n geval komt het mij dan ook voor dat de rechter zich bij de toepassing van artikel 1074 Rv, welk artikel alsdan van toepassing is,¹⁵³ het beste op een internationaal standpunt kan stellen. Aldus zou de rechter de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst kunnen toetsen aan algemeen aanvaarde vereisten, bijvoorbeeld die van artikel II NYC. Daardoor wordt ook bewerkstelligd dat een verwijzing naar een niet-werkbare arbitrage zoveel mogelijk achterwege blijft. Dat komt een effectieve arbitragepraktijk en een efficiënte procesvoering ten goede.

¹⁵² Aldus bijvoorbeeld Van den Berg 1981, p. 127 en Meijer 2011, p. 329-332 en p. 374.

¹⁵³ Zie daarover Van den Berg 1987, p. 125 alsmede Van den Berg, Van Delden & Sniijders, p. 172.

6.5.3.1(d) *Conclusie*

Zowel in de *pre-award* fase als in de *post-award* fase kan de vraag opkomen of de arbitrageovereenkomst formeel geldig is.¹⁵⁴ Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan is de Eerste Titel van het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing en moet het Nederlandse formeel recht worden toegepast. Ligt de plaats van arbitrage buiten Nederland, dan is in de *pre-award* fase artikel II lid 3 NYC dan wel artikel 1074 Rv van toepassing. In de *post-award* fase is vervolgens artikel 1075 Rv *jo.* het Verdrag van New York dan wel artikel 1076 Rv van toepassing. Wordt het Verdrag van New York toegepast, dan moet de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst in beginsel worden beoordeeld aan de hand van artikel II NYC.¹⁵⁵ Is het Verdrag van New York daarentegen niet van toepassing, althans wordt het buiten toepassing gelaten, dan moet de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst worden beoordeeld naar het formeel recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage is het formeel recht dat op grond van het recht van de plaats van arbitrage in het licht van de omstandigheden van het geval moet worden toegepast. Is evenwel onbekend wat de plaats van arbitrage is, dan mag de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst worden beoordeeld aan de hand van het Nederlandse formeel recht, mits de plaats van arbitrage in Nederland zou kunnen liggen. Is dat niet aanneemelijk, dan verdient het de voorkeur om de formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage te toetsen aan de hand van internationaal aanvaarde maatstaven.

6.5.3.2 *Het toepasselijke materieel recht*

Het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst worden beheerst door het materieel recht. Het materieel recht dat van toepassing is op de overeenkomst tot arbitrage is het materieel recht in het algemeen en het materieel recht betreffende overeenkomsten in het bijzonder dat ook voor toepassing op de arbitrageovereenkomst in aanmerking komt.¹⁵⁶ Hierbij kan onder meer worden gedacht aan regels op het gebied van totstandkoming (aanbod en aanvaarding), wilsgebreken,

¹⁵⁴ Daarbij zij wederom opgemerkt dat een samenloop van procedures tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp of samenhangende onderwerpen mogelijk is. Zie hieromtrent noot 36.

¹⁵⁵ Voor het geval een kwestie niet geregeld zou worden door artikel II NYC verwijs ik naar paragraaf 6.5.3.1(b)(1).

¹⁵⁶ Meijer 2011, p. 378.

nietigheid en vernietigbaarheid, rechtsverwerking, uitleg (wat zijn partij- en precies overeengekomen) en of een partij gebonden is aan de arbitrageovereenkomst (bijvoorbeeld als zij is vastgelegd in algemene voorwaarden).¹⁵⁷ Aldus kan het verschil maken welk materieel recht de arbitrageovereenkomst beheerst. Vraag is dan ook aan de hand van welk recht het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst moeten worden beoordeeld.

6.5.3.2(a) *Een korte geschiedenis van de conflictregel*

De vraag aan de hand van welk recht het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst moet worden beoordeeld, is in Nederland niet altijd op dezelfde wijze beantwoord. Zo kende het commune conflictenrecht tot en met 31 december 2011 in ieder geval geen geschreven conflictregel, terwijl het EVO en Rome I, gezien artikel 1 lid 2 sub d respectievelijk artikel 1 lid 2 sub e, niet van toepassing waren. Desalniettemin werd een analoge toepassing van die regelingen wel verdedigd.¹⁵⁸ Na 1 januari 2012 werd algemeen verdedigd dat met de invoering van artikel 10:154 BW wettelijk verankerd was dat Rome I analoog moest worden toegepast bij het bepalen van het materieel recht op de overeenkomst tot arbitrage.¹⁵⁹ Sinds 1 januari 2015 geldt evenwel artikel 10:166 BW.¹⁶⁰ Schematisch kan deze ontwikkeling als volgt worden weergegeven:

Periode	Conflictregel
Tot en met 31 december 2011	Geen geschreven conflictregel
Tussen 1 januari 2012 en 31 december 2014	Via artikel 10:154 BW naar Rome I
Sinds 1 januari 2015	Artikel 10:166 BW

6.5.3.2(b) *De ontstaansgeschiedenis van artikel 10:166 BW*

Het fundament voor artikel 10:166 BW is gelegd in het Voorontwerp uit 2005. Artikel 1021 lid 4 bepaalt:

“Onverminderd het bepaalde in het eerste tot en met het derde lid is een overeenkomst tot arbitrage geldig indien zij geldig is

¹⁵⁷ Vergelijk ook Schramm, Geisinger & Pinsolle, p. 52, Snijders 2013, p. 97 alsmede Koppenol-Laforce 2013, p. 177.

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Meijer 2011, p. 380 e.v.

¹⁵⁹ Aldus onder meer Van Zelst 2012, p. 116 e.v. en Meijer 2012, p. 281.

¹⁶⁰ Perikelen van overgangswetgeving laat ik hier buiten beschouwing. Ik volsta met een verwijzing naar de relevante bepalingen uit de wet.

ingevolge Nederlands recht dan wel het toepasselijke recht als bedoeld in artikel 1054, tweede lid.”

In de toelichting bij het Voorontwerp werd opgemerkt dat *“artikel 1073 Rv geen voorziening biedt voor de vraag volgens welk materieel recht (met name: volgens welk contractenrecht) moet worden beoordeeld of een overeenkomst tot arbitrage geldig is.”*¹⁶¹ Daarbij werd aangegeven dat voornoemd artikel alleen van toepassing was als de plaats van arbitrage in Nederland zou liggen¹⁶² en dat het voorgestelde artikel was gebaseerd op artikel 178 lid 2 BIP.¹⁶³ De toelichting vermeldde verder dat, bij gebreke van een rechtskeuze voor de overeenkomst tot arbitrage, dat materieel recht van toepassing is waarmee de arbitrageovereenkomst het nauwst is verbonden. Daarbij strijden om voorrang het recht van de plaats van arbitrage en het recht dat van toepassing is op de hoofdovereenkomst waarop de arbitrageovereenkomst ziet.¹⁶⁴ Volgens het tekstvoorstel gold evenwel niet het ene of het andere alternatief. De arbitrageovereenkomst zou namelijk geldig (moeten) zijn als zij geldig was volgens één van de alternatieven. Deze *in favorem validitatis* oplossing komt de rechtszekerheid ten goede. Men hoeft immers niet langer in het licht van alle feiten en omstandigheden van het geval te bepalen met welk materieel recht de overeenkomst tot arbitrage het nauwst verbonden is.

De minister heeft zich vervolgens laten inspireren door artikel 1021 lid 4 Voorontwerp bij de eerste redactie van artikel 10:166 BW. Op grond van artikel II van het conceptwetsvoorstel voor de huidige arbitragewet, dat op 13 maart 2012 ter consultatie werd gepubliceerd,¹⁶⁵ zou na artikel 10:165 BW een nieuw artikel 10:166 BW moeten worden ingevoegd. Het voorgestelde artikel luidde:

“Een overeenkomst tot arbitrage is geldig indien zij geldig is naar Nederlands recht dan wel naar het toepasselijke recht als bedoeld in artikel 1054, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.”

¹⁶¹ Zie ook Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 6-7.

¹⁶² Toelichting bij het Voorontwerp, *TvA* 2005, p. 131.

¹⁶³ Artikel 178 lid 2 BIP bepaalt: *“Die Schiedsvereinbarung ist im Übrigen gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht.”*

¹⁶⁴ Opvallend is evenwel dat Van den Berg, onder wiens voorzitterschap het Voorontwerp tot stand is gekomen, zich in 1992 nog een tegenstander toonde van aanknoping bij het recht van de hoofdovereenkomst. Zie wat dat betreft Van den Berg, Van Delden & Snijders, p. 173.

¹⁶⁵ <https://www.internetconsultatie.nl/herzieningarbitragerecht>.

Volgens de concept memorie van toelichting is het Nederlandse recht in de gevallen waar het hier om gaat het recht van de plaats van arbitrage. Bij het toepasselijke recht als bedoeld in artikel 1054 lid 2 Rv zou het gaan om het door partijen door een rechtskeuze aangewezen recht. Het doel van de bepaling was volgens de minister om te verduidelijken aan de hand van welk recht moet worden bepaald of een arbitrageovereenkomst geldig is. Daarbij overwoog de minister:

“Net als bij het forumkeuzebeding kan ook over de aanknopings bij een arbitraal beding onduidelijkheid bestaan. De *lex fori*, dat wil zeggen het recht van de plaats van het gerecht, en de *lex causae*, het recht dat de overeenkomst beheerst, strijden hier beiden om voorrang. Voor arbitrage gaat het dan om het recht van de plaats van arbitrage of het recht dat de overeenkomst beheerst waarvan het arbitraal beding deel uitmaakt.”

Volgens de minister zou met voornoemde bepaling ruim baan worden geboden aan de arbitrageovereenkomst. Zo zou een arbitrageovereenkomst waarin gekozen was voor arbitrage in Nederland, maar met toepassing van bijvoorbeeld Frans recht, volgens de minister niet het risico lopen ongeldig te zijn enkel omdat niet is voldaan aan de voorschriften voor een geldige arbitrageovereenkomst van beide stelsels (die mogelijk onderling verschillen). Als de minister had gedacht dat hij met de voorgestelde bepaling en deze toelichting in de roos had geschoten, kwam hij bedrogen uit. Het voorstel werd namelijk allesbehalve positief ontvangen.¹⁶⁶

In het Wetsvoorstel dat vervolgens op 15 april 2013 aan de Tweede Kamer werd aangeboden, was de tekst van artikel 10:166 BW grondig onderhanden genomen:

“Tenzij partijen een rechtskeuze hebben gemaakt, wordt in afwijking van artikel 154 de materiële geldigheid van een overeenkomst tot arbitrage bepaald door Nederlands recht.”

Volgens de memorie van toelichting bepaalde het artikel dat de arbitrageovereenkomst geldig is, indien zij geldig is naar Nederlands recht of naar het recht waarvoor partijen hebben gekozen.¹⁶⁷ Hadden partijen een rechtskeuze gemaakt, dan moest de materiële geldigheid van de arbitra-

¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld het advies van de NVvR van 5 juni 2012 (te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-226862>) en Meijer 2012, p. 280-284.

¹⁶⁷ Kamerstukken 33 611, nr. 3 (MvT), p. 8.

geovereenkomst worden beoordeeld aan de hand van dat recht. Voor het geval er geen rechtskeuze was gemaakt, kwam het Nederlandse recht in beeld en moest de materiële geldigheid worden beoordeeld aan de hand van dat recht. Aldus werd met dit voorstel het *in favorem validitatis* beginsel – dat ten grondslag lag aan artikel 1021 lid 4 Voorontwerp en de eerdere versie van artikel 10:166 BW – verlaten voor een gelaagde aanknoping. Daarbij liet de minister in het midden of de rechtskeuze betrekking moest hebben op de arbitrageovereenkomst of de hoofdovereenkomst. De minister meende evenwel dat met deze bepaling werd aangesloten bij de bestaande praktijk dat, als partijen geen rechtskeuze hadden gedaan, de geldigheid van de overeenkomst naar Nederlands recht werd beoordeeld.¹⁶⁸ Verder werd met de zinsnede “*in afwijking van artikel 154*” verduidelijkt dat artikel 10:166 BW voortgaat op artikel 10:154 BW voor wat betreft de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst.¹⁶⁹ Tegen deze versie van artikel 10:166 BW werd wederom van leer getrokken.¹⁷⁰ Tevens werden enkele kritische vragen gesteld door leden van de Tweede Kamerfractie van de VVD.¹⁷¹ Naar aanleiding hiervan is de tekst van artikel 10:166 BW bij nota van wijziging weer aangepast. De tekst die toen is geïntroduceerd, is in de wet opgenomen.

6.5.3.2(c) *Artikel 10:166 BW*

Het huidige artikel 10:166 BW, dat is geïntroduceerd bij nota van wijziging, luidt als volgt:¹⁷²

“In afwijking van artikel 154 is een overeenkomst tot arbitrage materieel geldig als zij geldig is naar het recht dat partijen hebben gekozen of naar het recht van de plaats van arbitrage of, indien partijen geen rechtskeuze hebben gedaan, naar het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft.”

In de toelichting bij deze bepaling stelt de minister voorop dat de materiele geldigheid ruim moet worden opgevat. Zij omvat mede het bestaan van de arbitrageovereenkomst.¹⁷³ Aldus bestrijkt de conflictregel van

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ Zie onder meer Snijders 2013, p. 97, Meijer 2013-I, p. 110-111, De Ly 2013, p. 151-154 en Koppenol-Laforce 2013, p. 182-186.

¹⁷¹ Zie Kamerstukken 33 611, nr. 4 (Verslag), p. 4 en Kamerstukken 33 611, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 10.

¹⁷² Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 2.

¹⁷³ Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 6.

artikel 10:166 BW ook de vraag of de overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen en bestaat. Artikel 10:166 BW bestrijkt echter niet de vraag of de arbitrageovereenkomst formeel geldig is.¹⁷⁴ Daarbij heeft de minister verduidelijkt dat de conflictregel van artikel 10:166 BW van toepassing is bij arbitrage in Nederland en daarbuiten.¹⁷⁵ Ik kom daar later in deze paragraaf nog op terug. Verder heeft de minister toegelicht dat de gelaagde (alternatieve) aanknopingsfactor van de vorige versie weer is verlaten. Zo zou in de huidige versie van artikel 10:166 BW het *in favorem validitatis* beginsel weer tot uitdrukking zijn gebracht. Dat brengt mij op de rechtsstelsels waarbij kan worden aangeknoopt ten behoeve van de beantwoording van de vraag of de arbitrageovereenkomst bestaat en materieel geldig is.

Het eerste rechtsstelsel waarbij kan worden aangeknoopt is het recht dat partijen hebben gekozen. Ofschoon de tekst van artikel 10:166 BW dat niet expliciet bepaalt, is het mede gezien de toelichting op dit artikel mijns inziens evident dat het gaat om het recht dat partijen van toepassing hebben verklaard op hun arbitrageovereenkomst.¹⁷⁶ Zo stelt de toelichting dat een arbitrageovereenkomst steeds geldig is als zij dat is “*naar het recht dat partijen hebben gekozen als toepasselijk recht op hun arbitrageovereenkomst.*”¹⁷⁷ In de praktijk ziet men evenwel zelden of nooit een uitdrukkelijke rechtskeuze met betrekking tot de arbitrageovereenkomst.¹⁷⁸ Nog minder ziet men een rechtskeuze voor een ander recht dan het recht van de plaats van arbitrage (de tweede aanknopingsfactor) of het recht dat het materiële geschil beheerst (de derde aanknopingsfactor). Dat brengt mij op de andere rechtsstelsels waarbij kan worden aangeknoopt.

Het tweede rechtsstelsel waarbij kan worden aangeknoopt is het recht van de plaats van arbitrage.¹⁷⁹ Deze aanknopingsfactor was in Nederland reeds lange tijd gemeengoed en is internationaal gezien ook algemeen geaccepteerd.¹⁸⁰ De aanknopingsfactor bij de plaats van arbitrage betekent voor Nederlandse arbitrages volgens de toelichting dat “*een arbitrageovereen-*

¹⁷⁴ Zie paragraaf 6.5.3.1.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ Zie ook Koppenol-Laforce 2015, art. 10:166 BW, aant. 5.

¹⁷⁷ Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 6-7.

¹⁷⁸ Aldus onder meer Van den Berg 1981, p. 127, Sanders 1996, art. 1074 Rv, aant. 1.4, de toelichting op het Voorontwerp, *TvA* 2005, p. 131 en Meijer 2013-I, p. 110.

¹⁷⁹ Ofschoon de toelichting dit in het midden laat, lijkt het aannemelijk dat moet worden aangesloten bij het recht van de plaats van arbitrage, met uitsluiting van het conflictenrecht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. *Renvoi* is dan uitgesloten.

¹⁸⁰ Zie ook artikel V lid 1 (a) NYC en Van den Berg, Van Delden & Snijders, 173 alsmede Sanders 1996, art. 1074 Rv, aant. 1.

komst materieel geldig is als deze geldig is naar Nederlands recht."¹⁸¹ Bij een buitenlandse arbitrage moet vervolgens worden aangeknoopt bij het recht van de plaats van arbitrage. Wanneer de arbitrageovereenkomst derhalve geldig is naar het recht van de plaats van arbitrage doet het recht dat partijen van toepassing hebben verklaard op de arbitrageovereenkomst er niet meer toe. Omgekeerd geldt hetzelfde. Is de arbitrageovereenkomst geldig naar het daarop gekozen recht, dan is het niet meer belangrijk wat het recht van de plaats van arbitrage ervan vindt.

Het derde rechtsstelsel waarbij kan worden aangeknoopt is het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. Zonder nadere aanvulling in artikel 10:166 BW komt aan dit recht, zoals de minister terecht opmerkt, alleen betekenis toe als partijen een rechtskeuze hebben gedaan en daarin ook een (stilzwijgende) rechtskeuze voor het toepasselijk recht op de arbitrageovereenkomst kan worden gelezen.¹⁸² Gezien de leer van de separabiliteit ligt het evenwel voor de hand om terughoudendheid te betrachten en niet enkel uit een rechtskeuze op de rechtsbetrekking die partijen verdeeld houdt een (stilzwijgende) rechtskeuze voor de arbitrageovereenkomst af te leiden. Omdat een (stilzwijgende) rechtskeuze derhalve niet zonder meer kan worden aangenomen, zou de rol van het recht dat van toepassing is op het materiële geschil gering zijn bij de beantwoording van de vraag of de arbitrageovereenkomst bestaat en materieel geldig is als niet wettelijk zou worden verankerd dat bij dat recht kan worden aangeknoopt.

Daarbij is de derde aanknopingsfactor van artikel 10:166 BW niet beperkt tot rechtsbetrekkingen uit overeenkomst. Volgens de toelichting kan bijvoorbeeld ook worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad.¹⁸³ Voor het geval er tussen partijen wel een overeenkomst bestaat, spreekt de toelichting van een aanknopingsfactor bij het recht dat van toepassing is op een "*hoofdovereenkomst met daarin een arbitraal beding*". Als de minister dit bewust zo heeft opgeschreven, zou dat mogelijk kunnen betekenen dat in de visie van de minister niet kan worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de hoofdovereenkomst als de arbitrageovereenkomst daarin niet is opgenomen. Dat valt evenwel lastig te begrijpen als tegelijkertijd wel zou mogen worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbindenissen. Het lijkt dan ook gerechtvaardigd om te stellen dat ook mag worden aangeknoopt bij het recht dat de hoofdovereenkomst beheerst als

¹⁸¹ Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 7.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ *Idem*.

de arbitrageovereenkomst daarin niet is opgenomen.¹⁸⁴ Deze opvatting sluit bovendien beter aan bij de tekst van artikel 10:166 BW.

Uit de tekst van artikel 10:166 BW zou evenwel kunnen worden afgeleid dat de derde aanknopingsfactor alleen in beeld komt als partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt voor de arbitrageovereenkomst (de eerste aanknopingsfactor). In zoverre zou kunnen worden betoogd dat er nog steeds een zekere gelaagdheid verscholen gaat in de tekst van artikel 10:166 BW, waardoor het primaat zou worden gegeven aan de rechtskeuze ten aanzien van de arbitrageovereenkomst. Schematisch ziet dat er als volgt uit:

	Recht arbitrageovereenkomst	Recht plaats van arbitrage	Recht rechtsbetrekking in geschil
Rechtskeuze arbitrageovereenkomst	X	X	n.v.t.
Geen rechtskeuze arbitrageovereenkomst	n.v.t.	X	X

Voornoemde gelaagdheid heeft evenwel tot gevolg dat het recht dat van toepassing is op het materiële geschil de arbitrageovereenkomst niet meer kan redden als partijen een rechtskeuze hebben gemaakt voor de arbitrageovereenkomst en die overeenkomst ongeldig is naar dat recht en het recht van de plaats van arbitrage. Daardoor wordt afbreuk gedaan aan het streven, dat ten grondslag ligt aan artikel 10:166 BW, om de arbitrageovereenkomst zoveel mogelijk voor geldig te houden.¹⁸⁵ Gezien dat streven behoren alle drie de rechtsstelsels dan ook op gelijke hoogte te worden geplaatst, zodat de arbitrageovereenkomst geldig is als zij geldig is naar (1) het recht dat partijen hebben gekozen als het toepasselijke recht op de arbitrageovereenkomst, (2) het recht van de plaats van arbitrage, of (3) het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking

¹⁸⁴ Zie ook Meijer 2011, p. 390. Hij ziet evenmin een reden om onderscheid te maken tussen situaties waarin de arbitrageovereenkomst in de hoofdovereenkomst is opgenomen en situaties waarin dat niet het geval is.

¹⁸⁵ Zie de toelichting bij het Voorontwerp, *TvA* 2005, p. 130.

waarop de arbitrageovereenkomst ziet.¹⁸⁶ Dat lijkt ook de bedoeling van de minister geweest nu hij in de toelichting stelde dat een arbitrageovereenkomst materieel geldig is *“als zij materieel geldig is naar één van de stelsels genoemd in artikel 166, ook al is zij materieel ongeldig naar het recht van een van de andere daar genoemde stelsels”*.¹⁸⁷ Dit had overigens wel beter tot uitdrukking kunnen worden gebracht in de tekst van artikel 10:166 BW. Zo had de redactie van artikel 178 lid 2 BIP bijvoorbeeld kunnen worden gevolgd.¹⁸⁸

Maakt het dan nog uit of partijen een rechtskeuze hebben gemaakt voor de rechtsbetrekking die hen verdeeld houdt? Mij dunkt van niet.¹⁸⁹ Of dat recht nu door middel van een subjectieve of een objectieve aanknopingsfactor wordt bepaald, dat is het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft.¹⁹⁰ Opvallend genoeg stelt de minister in de toelichting op artikel 10:166 BW evenwel dat de derde aanknopingsfactor pas in beeld komt als partijen geen rechtskeuze hebben gedaan. Het geval dat partijen wel een rechtskeuze hebben gedaan zou volgens de minister namelijk vallen onder de eerste aanknopingsfactor.¹⁹¹ Als de minister daarmee tot uitdrukking heeft willen brengen dat een rechtskeuze voor het materiële geschil ook een rechtskeuze voor de arbitrageovereenkomst meebrengt, miskent hij evenwel dat partijen met die rechtskeuze geen rechtskeuze voor de arbitrageovereenkomst hoeven hebben beoogd, terwijl het mij tegelijkertijd onwaarschijnlijk voorkomt dat het recht dat de materiële rechtsverhouding beheerst dat door een rechtskeuze toepasselijk is verklaard niet meer als aanknopingsfactor zou kunnen fungeren als daaruit niet tevens een (stilzwijgende) rechtskeuze voor de arbitrageovereenkomst mag worden afgeleid. Vraag is dan of de minister tot uitdrukking heeft willen brengen dat onder de eerste aanknopingsfactor ook het recht valt dat partijen van toepassing hebben verklaard op hun materiële geschil. Ook dat komt mij onwaarschijnlijk voor, zij het dat het antwoord op deze vraag strikt genomen irrelevant is. In alle gevallen moet het er namelijk voor worden gehouden dat de arbitrageovereenkomst geldig is als zij

¹⁸⁶ Aldus kan het onderzoek naar de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst zich uitstrekken over drie rechtsstelsels.

¹⁸⁷ Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 6.

¹⁸⁸ Zie noot 163.

¹⁸⁹ In gelijke zin Koppenol-Laforce 2015, art. 10:166 BW, aant. 5.

¹⁹⁰ Hebben partijen derhalve een rechtsgeldige rechtskeuze gemaakt, dan kan het bestaan en de geldigheid van de arbitrageovereenkomst in beginsel niet meer worden getoetst naar het objectief toepasselijke recht dat bij gebreke van zo'n rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest.

¹⁹¹ Kamerstukken 33 611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 7.

geldig is naar het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft, ongeacht of partijen te dien aanzien een rechtskeuze hebben gemaakt of niet.

Hebben partijen geen rechtskeuze gedaan met betrekking tot de arbitrageovereenkomst of is de overeenkomst ongeldig naar dat recht en is de plaats van arbitrage nog niet aangewezen of is de arbitrageovereenkomst ongeldig naar dit recht, dan is het recht dat het materiële geschil beheerst het enige rechtssysteem waarbij kan worden aangeknoopt. Alsdan zal aan de hand van dit recht moeten worden bepaald of de arbitrageovereenkomst bestaat en materieel geldig is. Maar hoe zit het dan als de vorderingen en/of rechtsgronden moeten worden beoordeeld aan de hand van verschillende rechtssystemen? Zo is het immers mogelijk dat een partij aan haar vordering tot betaling van schadevergoeding primair een wanprestatie, subsidiair een onrechtmatige daad en meer subsidiair een ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag legt. De wanprestatie kan dan worden beheerst door Frans recht, terwijl de onrechtmatige daad en de ongerechtvaardigde verrijking kunnen worden beheerst door Spaans recht. Als de gedaagde daarop het bestaan en/of de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst betwist, zal per grondslag moeten worden beoordeeld of er een overeenkomst tot arbitrage bestaat en of zij materieel geldig is. In dit geval kan het bij de toepassing van de derde aanknopingsfactor dus gebeuren dat per grondslag een ander recht moeten worden toegepast. Makkelijker wordt het daardoor niet, maar alleen zo wordt recht gedaan aan het uitgangspunt dat er slechts kan worden gearbitreerd over rechtsverhoudingen ten aanzien waarvan partijen vrijwillig en ondubbelzinnig een geldige arbitrageovereenkomst hebben gesloten.

Behalve wanneer een supranationale regel van toepassing zou zijn, moet de rechter artikel 10:166 BW ingevolge artikel 10:2 BW te allen tijde en zo nodig ambtshalve toepassen. Daarbij maakt het niet uit of de plaats van arbitrage in Nederland of in het buitenland ligt. Daardoor moet de rechter de regel van artikel 10:166 BW toepassen wanneer hij over het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst moet oordelen in het kader van bijvoorbeeld artikel 1022, artikel 1065, artikel 1074 en artikel 1076 Rv. Vraag is evenwel of dat bij de laatste artikelen niet tot onbevredigende uitkomsten kan leiden, aangezien op basis van artikel 10:166 BW een recht kan worden toegepast dat in de plaats van arbitrage

niet kan of kon worden toegepast.¹⁹² Is het derhalve niet beter om de *scope* van artikel 10:166 BW te beperken tot Nederlandse arbitrages?

Als een beroep wordt gedaan op artikel II lid 3 NYC of artikel 1075 *jo.* het Verdrag van New York komt artikel 10:166 BW naar het zich laat aanzien niet snel voor toepassing in aanmerking. Het Verdrag van New York kent namelijk een autonome conflictregel, die voorgaat op onze nationale conflictregel als het verdrag wordt toegepast.¹⁹³ Onder het Verdrag van New York moet het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst worden beoordeeld aan de hand van het recht dat partijen daarop van toepassing hebben verklaard of, bij gebreke van een rechtskeuze, het recht van de plaats waar het arbitraal vonnis werd gewezen. Algemeen wordt aangenomen dat hiermee de plaats van arbitrage wordt bedoeld.¹⁹⁴ Het Verdrag van New York voorziet dus in een gelaagde alternatieve aanknoping,¹⁹⁵ die voorgaat op artikel 10:166 BW en het daarin vervatte *in favorem validitatis* beginsel. Voor het geval partijen evenwel geen rechtskeuze hebben gedaan met betrekking tot de arbitrageovereenkomst en de plaats van arbitrage onbekend is, zou mogelijk nog wel kunnen worden aangeknoopt bij artikel 10:166 BW.

Ligt de plaats van arbitrage in Nederland en wordt het bestaan en/of de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst in de arbitrage tijdig betwist als bedoeld in artikel 1052 Rv, dan moet de arbiter artikel 10:166 BW toepassen. Stel evenwel dat partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt ten aanzien van de arbitrageovereenkomst of dat de arbitrageovereenkomst materieel ongeldig is naar dat recht en dat de overeenkomst tot arbitrage eveneens ongeldig is naar Nederlands recht als het recht van de plaats van arbitrage, dan kan de arbiter de geldigheid van de arbitrageovereenkomst nog beoordelen aan de hand van het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst ziet. Maar dan stuiten we op de volgende complicerende factor. Het kan namelijk zo zijn dat de arbiter op grond van artikel 1054 lid 2 Rv een ander recht zou moeten of zou willen toepassen dan de rechter op grond van zijn conflictenrecht zou (kunnen) toepassen wanneer hij zou

¹⁹² Zie voor deze problematiek ook paragraaf 6.5.3.1(b), waar ik dit reeds aan de orde heb gesteld ten aanzien van het formeel recht dat de arbitrageovereenkomst beheerst. Daarbij moet bovendien worden opgemerkt dat artikel 178 lid 2 BIP, het artikel waarop artikel 10:166 BW is gebaseerd, eveneens alleen van toepassing is als de plaats van arbitrage in Zwitserland ligt.

¹⁹³ Aldus bijvoorbeeld BGH 12 februari 1976, NJW 1976, 1591.

¹⁹⁴ Zie hieromtrent bijvoorbeeld Van den Berg 1981, p. 126-127, Schramm, Geisinger & Pinsolle, p. 54-56 en Wolff 2012, p. 275

¹⁹⁵ In gelijke zin Wolff 2012, p. 275.

worden aangezocht om het materiële geschil inhoudelijk te beslechten.¹⁹⁶ Omdat de arbiter in beginsel hetzelfde recht moet toepassen op de arbitrageovereenkomst als de gewone rechter – aangezien anders het risico bestaat dat het arbitraal vonnis wordt vernietigd, althans het *exequatur* in Nederland wordt geweigerd¹⁹⁷ – rijst de vraag of de arbiter zich moet schikken naar het conflictenrecht van de rechter, dat conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht moet toepassen. Ofschoon dat strikt genomen het geval is, is het mijns inziens nochtans verdedigbaar dat de arbiter, wanneer hij moet oordelen over de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst in het kader van de derde aanknopingsfactor, dat recht toepast dat hij ingevolge artikel 1054 lid 2 Rv op het materiële geschil zou toepassen wanneer hij zou oordelen dat hij bevoegd is, omdat alsdan zeker wordt gesteld dat de arbitrageovereenkomst (daadwerkelijk) wordt getoetst aan het recht dat de arbiter van toepassing acht op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. In het kader van een *exequatur*- of vernietigingsprocedure kan de rechter dan toetsen of dat recht, ongeacht welk recht, inderdaad de conclusie rechtvaardigt dat er een arbitrageovereenkomst bestaat en zij materieel geldig is. Heeft een partij het geschil daarentegen ter inhoudelijke beoordeling aan de rechter voorgelegd, maar wordt diens bevoegdheid in het licht van artikel 1022 Rv tijdig betwist, dan moet de rechter, bij gebreke van een rechtskeuze, dat recht toepassen dat wordt aangewezen door zijn conflictenrecht. Artikel 1054 lid 2 Rv biedt de rechter, voor situaties waarin een rechtskeuze ontbreekt, namelijk geen enkel handvat bij het bepalen van het toepasselijke recht,¹⁹⁸ waardoor het voor de rechter lastig, zo niet onmogelijk zal zijn om zijn beslissing af te stemmen op de beslissing die de arbiter eventueel zal nemen.

6.5.3.2(d) Conclusie

Het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst moet sinds 1 januari 2015 worden getoetst aan de hand van artikel 10:166 BW. Ingevolge dat artikel is de arbitrageovereenkomst, ongeacht of de plaats van arbitrage in of buiten Nederland ligt, materieel afdwingbaar als zij bestaat en materieel geldig is naar (1) het recht dat partijen hebben gekozen als het toepasselijke recht op de arbitrageovereenkomst, (2) het recht van de plaats van arbitrage, of (3) het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst ziet. Aldus zal de arbitrageovereenkomst veelal voor geldig worden gehouden. Voor Ne-

¹⁹⁶ Zie in meer detail paragraaf 6.7.

¹⁹⁷ Zie paragraaf 6.4.2.

¹⁹⁸ Zie paragraaf 6.7.3.

derlandse arbitrages kan dat een gerechtvaardigd streven zijn, maar voor buitenlandse arbitrages schiet men met deze bepaling zijn doel mogelijk voorbij. De arbitrageovereenkomst kan door de Nederlandse rechter namelijk voor geldig worden gehouden naar een recht dat in de plaats van arbitrage niet kan worden toegepast. Derhalve rijst de vraag of het niet beter is om de conflictregel van artikel 10:166 BW te beperken tot Nederlandse arbitrages. Tegelijkertijd zou voor buitenlandse arbitrages, ten aanzien waarvan het Verdrag van New York niet wordt toegepast, de conflictregel kunnen gelden dat het recht moet worden toegepast dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Aldus wordt tevens aangesloten bij de conflictregel die moet worden toegepast ter bepaling van het toepasselijke formeel recht. Dat heeft als bijkomend voordeel dat ten aanzien van buitenlandse arbitrages dezelfde conflictregel geldt voor zowel de formele als de materiële geldigheid. Zo kom ik tot slot op een cosmetische vraag. Was het niet fraai geweest als in de arbitragewet een algemene verwijzing naar artikel 10:166 BW was opgenomen? Nu is het voor (buitenlandse) betrokkenen bij bestudering van enkel onze arbitragewet immers niet duidelijk dat laatstgenoemd artikel van toepassing is.

6.5.3.3 *Tot slot*

In deze paragraaf heb ik onderzocht welk recht van toepassing is op de formele en materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst. Daarbij is gebleken dat verschillende conflictregels van toepassing zijn en dat beide aspecten moeten worden beoordeeld aan de hand van verschillende rechtsstelsels. Bij arbitrageovereenkomsten komt *dépeçage* derhalve voor en in deze paragraaf is inzichtelijk gemaakt waar dit vandaan komt. Arbiters en rechters doen er op hun beurt goed aan om dit voor ogen te houden wanneer de geldigheid van de arbitrageovereenkomst ter discussie is gesteld en zij het toepasselijke recht ten aanzien van de formele en materiële geldigheid van die overeenkomst moeten vaststellen.

6.6 De regels die het arbitraal geding betreffen

Het is in beginsel aan partijen om te bepalen in welk land een arbitraal geding plaatsvindt en te bepalen met inachtneming van welk recht de arbitrale procedure moet worden ingericht.¹⁹⁹ De keuze van de plaats van arbitrage kan daarbij van invloed zijn op de wijze van gedingvoering.²⁰⁰

¹⁹⁹ HR 1 mei 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1194* (*Çukurova/Sonera*).

²⁰⁰ Ook heeft de keuze van het land van arbitrage bijvoorbeeld gevolgen voor de mogelijkheden die partijen hebben om een arbitraal vonnis aan te tasten bij de overheidsrechter van dat land door middel van vernietiging of herroeping. Zo kan dat recht

Partijen moeten dus opletten voor welke plaats van arbitrage zij kiezen en wat dat betreft hebben zij een eigen verantwoordelijkheid bij de keuzes die zij maken bij geschillenbeslechting door middel van arbitrage.²⁰¹ Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan worden de toepasselijke wettelijke regels, zoals al eerder aan de orde kwam, ingevolge artikel 1073 lid 1 Rv in beginsel gevonden in de Eerste Titel van het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dat betekent bijvoorbeeld dat ingevolge artikel 1039 lid 1 Rv de bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs ter vrije bepaling van het scheidsgerecht staan, waarbij moet worden opgemerkt dat dit volgens de wetgever niet alleen ziet op het formele bewijsrecht maar tevens op het materiële bewijsrecht.²⁰² Dit kan meebrengen dat arbiters door een keuze voor een Nederlandse plaats van arbitrage, behoudens andersluidende partijafspraken, in beginsel ook niet meer gebonden zijn aan buitenlandse regels van materieel bewijsrecht. Verder kunnen regels van Nederlands dwingend recht door een rechtskeuze niet opzij worden gezet.²⁰³ Voor regels van aanvullend recht kan daarentegen wel een rechtskeuze voor buitenlands recht worden gemaakt.²⁰⁴ De bepalingen van het vreemde recht gelden in dat geval als contractuele bedingen, met dien verstande dat zo'n rechtskeuze allesbehalve valt aan te bevelen.²⁰⁵ Gedurende de arbitrale procedure moet het scheidsgerecht bewerkstelligen dat de wettelijke regels en de op grond van artikel 1036 lid 1 Rv rechtsgeldig gemaakte partijafspraken in acht worden genomen.²⁰⁶ De partijafspraken kunnen zijn opgenomen in de overeenkomst tot arbitrage, maar dat is niet vereist. Die afspraken mogen namelijk ook nadien bij separate overeenkomst worden gemaakt.²⁰⁷ Veelal zijn de partijafspraken die het arbitraal geding betreffen overigens vastgelegd in een arbitragereglement dat partijen van toepassing hebben verklaard. Daarbij moet het scheidsgerecht er voor waken dat het buiten het partijdebat om geen regels toepast op de gevolgen waarvan partijen een beroep moeten doen. Zo mag een scheidsgerecht bijvoorbeeld niet buiten het partijdebat om onderzoeken of het wel of niet is samengesteld

bijvoorbeeld toestaan dat partijen op voorhand afspreken dat zij afstand doen van hun recht om een vernietigingsprocedure te voeren bij de overheidsrechter van dat land. De vraag of men vernietiging in Nederland kan uitsluiten laat ik rusten, aangezien die vraag buiten het bestek van dit proefschrift valt.

²⁰¹ Punt 2.19 van de conclusie van A-G Vlas voor *Çukurova/Sonera*.

²⁰² Kamerstukken 33 611, nr. 3 (MvT), p. 18-19.

²⁰³ In gelijke zin onder meer Franx, p. 82 alsmede Van Delden 1996, p. 31.

²⁰⁴ Zie ook noot 2 en bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 3 september 2013, *ECLI:NL:GHDHA:2013:3403 (BAe/Modsaf)*.

²⁰⁵ Zie eveneens noot 2.

²⁰⁶ Zie ook artikel V lid 1 aanhef en onder d NYC.

²⁰⁷ Kamerstukken 18 464, nr. 6 (MvA), p. 2.

in strijd met de daarvoor geldende regelen als alle partijen in het geding zijn verschenen. Behalve wanneer een uitzonderingssituatie zich voordoet als voorzien in artikel 1057 lid 5 Rv, zal het scheidsgerecht zijn beslissingen bovendien te allen tijde moeten motiveren en ervoor moeten zorgdragen dat het arbitraal vonnis op een juiste wijze wordt ondertekend, bij gebreke waarvan het *exequatur* kan worden geweigerd en het arbitraal vonnis kan worden vernietigd op de voet van artikel 1065 lid 1 sub d Rv.²⁰⁸ Ook de overige wettelijke en door partijen overeengekomen procedureregels moet een scheidsgerecht in acht nemen.²⁰⁹ Anders kan dat ertoe leiden dat het arbitraal vonnis wordt vernietigd wegens schending van de opdracht als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub c Rv,²¹⁰ mits de schending van ernstige aard is en de partij die de vernietiging vordert haar rechten terzake niet heeft verwerkt (artikel 1065 lid 4 Rv).²¹¹ Is er evenwel sprake van strijd met de beginselen van een goede procesorde, dan kan het arbitraal vonnis (ook) bloot staan aan vernietiging op de voet van artikel 1065 lid 1 sub e Rv wegens strijd met de openbare orde.²¹²

6.7 Het recht dat van toepassing is op het materiële geschil

In deze paragraaf komt aan de orde welk recht het materiële geschil beheerst. Dat is belangrijk omdat elk rechtsstelsel zijn eigen juridische werkelijkheid creëert. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat dezelfde overeenkomst naar het recht van Californië wel geldig is, maar naar Chinees recht niet.²¹³ Zolang een harmonisatie van rechtsstelsels een illusie blijft en een modern *ius commune* een utopie is, kan het derhalve verschil maken welk recht wordt toegepast.²¹⁴ Daarbij maakt het niet uit of het scheidsgerecht moet beslissen naar de regelen des rechts (artikel 1054 lid 1 Rv) of als goede mannen naar billijkheid (artikel 1054 lid 3).²¹⁵ In alle gevallen moet een scheidsgerecht namelijk acht slaan op het toepasselijke

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 7 april 2005, *ECLI:GHAMS:2005:65* respectievelijk Rechtbank Amsterdam 29 januari 2014, *ECLI:RBAMS:2014:793*.

²⁰⁹ In dit verband zij nog opgemerkt dat partijen de uitleg van het toepasselijk verklaarde arbitragereglement waarschijnlijk aan het oordeel van de burgerlijke rechter kunnen onttrekken. Zie aldus HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 230, m.nt. Vranken (*Huybregts/Van Tuyl*), *De Raad/Wagemaker* (zie noot 90) en HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 384, m.nt. Sniijders (*IMS/Modsaf*), waarover ook Meijer 2013-II, p. 224 e.v.

²¹⁰ Zie aldus reeds *Huybregts/Van Tuyl*.

²¹¹ Zie daarover onder meer Kamerstukken 33 611, nr. 3 (MvT), p. 39.

²¹² Zie *IMS/Modsaf* (noot 204) en HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (*Spaanderdam/Anova*).

²¹³ Ook kan het voor bijvoorbeeld de hoogte van de schadevergoeding uitmaken welk recht van toepassing is.

²¹⁴ Zie ook paragraaf 3.7.

²¹⁵ Wat dat betreft zij verwezen naar paragraaf 6.4.1.

recht en op de toepasselijke handelsgebruiken (artikel 1054 lid 4 Rv).²¹⁶ Vraag is alleen hoe het recht moet worden bepaald dat van toepassing is op het materiële geschil. Voor rechters geldt het conflictenrecht. Voor arbiters geldt artikel 1054 lid 2 Rv. Het artikel luidt als volgt:²¹⁷

“Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts. Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen.”

Met dit artikel kreeg de arbitrage bij de invoering van de arbitragewet in 1986 een eigen bepaling van internationaal privaatrecht.²¹⁸ Zij was gemoedelleerd naar artikel 1496 (oud) van de Franse Code de Procédure Civile (CPC) en zij kon volgens Van den Berg destijds als modern worden beschouwd.²¹⁹ Artikel 1054 lid 2 Rv bevat in wezen twee conflictregels. Primair geldt dat een scheidsgerecht de *“door de partijen aangewezen regelen des rechts”* moet toepassen. Bij gebreke van een rechtskeuze moet een scheidsgerecht vervolgens die regelen des rechts toepassen *“die het in aanmerking acht te komen”*. Ofschoon voornoemde bepaling van internationaal privaatrecht eigenlijk niet thuis hoort in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, getuigde het volgens Sillevis Smitt van praktische zin om deze bepaling daar juist wel in op te nemen en de dogmatiek te laten wijken voor de praktijk.²²⁰ Zo werd namelijk een eenheid van arbitragewetgeving gehandhaafd. Tegelijkertijd wordt aangesloten bij een internationale praktijk om dit soort regels in de arbitragewet op te nemen. Ik verwijs onder meer naar artikel 46 van de Engelse arbitragewet, artikel 1051 ZPO, artikel 187 lid 1 BIP, artikel 1070 BGW en artikel 1511 CPC. Deze artikelen komen hierna weer aan bod als ik artikel 1054 lid 2 Rv nader bespreek, terwijl de openbare orde en het leerstuk van de voorangsregels in paragraaf 6.8 kort worden besproken.

²¹⁶ In paragraaf 6.4.4 ben ik hierop reeds ingegaan.

²¹⁷ Ter vermijding van misverstanden zij opgemerkt dat dit artikel niet van toepassing is bij de vaststelling van het toepasselijke recht op de arbitrageovereenkomst. Wat dat betreft zij verwezen naar paragraaf 6.5.

²¹⁸ Dat brengt bijvoorbeeld mee dat als op grond van dit artikel een recht wordt toegepast van een staat die partij is bij het Weens Koopverdrag dit verdrag op grond van artikel 1 lid 1 sub b van dat verdrag moet worden toegepast als het geschil binnen de reikwijdte daarvan valt.

²¹⁹ Van den Berg 1987, p. 124.

²²⁰ Sillevis Smitt, p. 166.

6.7.1 *De lex mercatoria van artikel 1054 lid 2 Rv*

In arbitrage mag de *lex mercatoria* met een terzijdestelling van nationaal recht worden toegepast. Het geschil kan derhalve worden beoordeeld aan de hand van niet-statelijk recht, met uitsluiting van nationale rechtstelsels.²²¹ De *lex mercatoria* kan worden toegepast zowel als gevolg van een keuze van partijen als wanneer bij gebreke daarvan arbiters het toepasselijke recht moeten bepalen.²²² Van den Berg meent evenwel dat terughoudendheid in het laatste geval geboden is. Wat hem betreft moeten arbiters toch wel zeer zwaarwegende argumenten hebben om (zelf) een niet-statelijk recht van toepassing te verklaren.²²³ Het valt evenwel niet te ontkennen dat de toepassing van de *lex mercatoria* in bepaalde gevallen uitkomst kan bieden. Ik denk onder meer aan de situatie dat partijen uit landen komen met verschillende rechtsculturen en zij ageren tegen toepassing van elkaars recht, bijvoorbeeld vanwege een beperkte toegankelijkheid van bronnen door taalbarrières en/of een gebrekkige digitalisatie. Door toepassing van de *lex mercatoria* zou in een voorkomend geval aldus kunnen worden bijgedragen aan een aanvaardbare beslissing.²²⁴

Vraag is alleen wat onder de *lex mercatoria* moet worden verstaan.²²⁵ Volgens de memorie van toelichting gaat het om “*de internationaal, algemeen aanvaarde handelsgebruiken die in principe onafhankelijk van nationaal recht geldend zijn*”.²²⁶ Bij memorie van antwoord werd vervolgens gesteld dat ten aanzien van het rechtstheoretische aspect omtrent het karakter van de *lex mercatoria* nog kon worden opgemerkt dat het niet slechts handelt om “*internationaal, algemeen aanvaarde handelsgebruiken*”, maar dat het eveneens zou gaan om “*supranationale, algemene rechtsregelen en rechtsbeginselen*”.²²⁷ Aldus kunnen arbiters bijvoorbeeld de UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts of de Principles of European Contract Law toepassen. In de praktijk gebeurt dat ook weleens. Zo heeft een scheidsgerecht in een geschil tussen BAe en Modsaf bijvoorbeeld van toepassing verklaard: “*the general legal rules and principles regarding international contractual obligations enjoying a wide international consensus, including the UNIDROIT Principles*”.²²⁸ Het maakt daarbij kennelijk niet uit dat de overheidsrechter mogelijk niet hetzelfde a-nationale recht zou hebben

²²¹ In gelijke zin Sillevius Smitt, p. 169-170.

²²² Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 23 en Sanders 1996, art. 1054 Rv, aant. 5.

²²³ Van den Berg 1997, p. 8.

²²⁴ Aldus ook Sanders 1999, p. 303.

²²⁵ Zie hieromtrent ook De Ly 1989 en Carbonneau 1998.

²²⁶ Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 23.

²²⁷ Kamerstukken 18 464, nr. 6 (MvA), p. 30.

²²⁸ Zie noot 204.

kunnen toepassen als hij was aangezocht om het geschil te beslechten²²⁹ en in het kader van een *exequatur*- of vernietigingsprocedure is een inhoudelijke toetsing, behoudens in geval van strijd met de openbare orde, bovendien uitgesloten.²³⁰

6.7.2 *De rechtskeuze van artikel 1054 lid 2 Rv*

Ingevolge artikel 1054 lid 2 Rv is primair het door partijen gekozen recht van toepassing.²³¹ Dat is in het buitenland niet anders. Ook daar ligt het primaat bij de rechtskeuze. Daarbij mag worden aangenomen dat de rechtskeuze op elk moment kan worden gedaan. Zo kan zij worden gemaakt bij het sluiten van de arbitrageovereenkomst doch ook daarvoor of daarna.²³² Volgens de memorie van toelichting bij artikel 1054 lid 2 Rv dient de rechtskeuze echter uitdrukkelijk te worden gemaakt.²³³ Vraag is evenwel of dat standpunt (nog) wel kan worden gevolgd. Persoonlijk zou ik menen van niet, aangezien een impliciete rechtskeuze bij de overheidsrechter ook mogelijk is.²³⁴ Naar mijn mening moet derhalve worden aangenomen dat de rechtskeuze in het geval van arbitrage ook impliciet kan geschieden,²³⁵ maar net als bij de overheidsrechter moet een veronderstelde rechtskeuze worden voorkomen.²³⁶ Er moet immers een werkelijke wilsuiting van partijen aan het gekozen recht ten grondslag liggen.²³⁷ Een arbiter zal zich er derhalve van moeten vergewissen dat partijen de conflictenrechtelijke aspecten van hun zaak hebben onderkend en dat partijen daadwerkelijk hebben beoogd een keuze te doen voor een bepaald recht.²³⁸ Vage aanwijzingen zijn dus niet voldoende om een stilzwijgende rechtskeuze aan te nemen.²³⁹ Uit de concrete omstandigheden van het

²²⁹ Onder Rome I kunnen partijen bijvoorbeeld alleen een conflictenrechtelijke rechtskeuze maken voor statelijk recht of kiezen voor de toepassing van een verdrag dat eenvormig recht bevat zolang dat verdrag een dergelijke keuze zelf toestaat. Voor het overige kan de keuze voor niet-staatelijk recht slechts worden aangemerkt als een materieelrechtelijke rechtskeuze, die de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht niet opzij kan zetten, waarover onder meer Koppenol-Laforce 2012, p. 296 en Strikwerda 2015, p. 173.

²³⁰ Zie paragraaf 6.4.3.

²³¹ Zie ook paragraaf 5.4.3.

²³² Meijer 2011, p. 354.

²³³ Kamerstukken 18 464, nr. 3 (MvT), p. 23.

²³⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 10:10 BW en artikel 3 lid 1 Rome I.

²³⁵ In gelijke zin onder meer Sanders 1996, art. 1054 Rv, aant. 4.2, Snijders, art. 1054 Rv, aant. 3, Meijer 2011, p. 355 en Meijer 2014, art. 1054 Rv, aant. 2(a).

²³⁶ Er is sprake van een veronderstelde rechtskeuze als het scheidsgerecht een bepaald recht toepast zonder dat de bedoeling van partijen om dat recht toe te passen kan worden vastgesteld.

²³⁷ Zie ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III, 757.

²³⁸ Zie ook paragraaf 4.3.1 en paragraaf 5.4.5.

²³⁹ Asser/Kramer & Verhagen 10-III, 760.

geval moet namelijk blijken dat partijen een rechtskeuze hebben gewild.²⁴⁰ Het voorgaande laat onverlet dat een processuele rechtskeuze net als bij procedures voor de overheidsrechter ook tot de mogelijkheden behoort. Maar uit het enkele feit dat een partij de toepasselijkheid van een bepaald recht niet heeft betwist, kan niet zonder meer een wilsuiking en aldus een stilzwijgende rechtskeuze voor dat recht worden afgeleid. Evenmin kan uit de keuze voor Nederland als plaats van arbitrage zonder meer worden afgeleid dat partijen daarmee ook een stilzwijgende rechtskeuze voor Nederlands recht hebben beoogd. Bijkomende omstandigheden zijn in alle gevallen vereist en bij enige twijfel omtrent de bedoeling van partijen doet de arbiter er verstandig aan om dat te verifiëren. Wanneer een scheidsgerecht evenwel verzuimt om het door partijen aangewezen recht toe te passen, staat het arbitraal vonnis bloot aan vernietiging wegens schending van de opdracht als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub c Rv.²⁴¹ Van Delden stelt in dit verband dat hij hoopt dat de rechter in grensgevallen niet spoedig zal aannemen dat er een (duidelijke) opdracht was.²⁴² Wat daarvan verder ook zij, het belang bij vernietiging ontbreekt in ieder geval als gegeven is dat de toepassing van het aangewezen recht tot dezelfde uitkomst had geleid.

6.7.3 *De subsidiaire conflictregel van artikel 1054 lid 2 Rv en zijn alternatieven*

Hebben partijen geen rechtskeuze gemaakt, dan moet het scheidsgerecht uit hoofde van artikel 1054 lid 2 Rv beslissen volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen. In dat verband heb ik in paragraaf 5.4.3 reeds uiteengezet dat de Nederlandse arbitragewet niet bepaalt welke regelen des rechts moeten worden toegepast of hoe het toepasselijke recht moet worden bepaald en in geen geval zou het scheidsgerecht verplicht zijn om het Nederlandse conflictenrecht of enig ander conflictenrecht toe te passen. Arbiters mogen aldus los van het conflictenrecht het toepasselijke recht bepalen.²⁴³ Daarmee is de mogelijkheid van de *voie directe* in de wet verankerd. Een soortgelijke regeling kent men bijvoorbeeld ook in Frankrijk en België. Tegenover de *voie directe* staat de methode van de *voie indirecte*.²⁴⁴ Uit hoofde van deze methode dient het scheidsgerecht eerst vast te stellen welke conflictregels van toepassing

²⁴⁰ Zie ook HR 28 maart 2008, NJ 2008, 191 (ICF/MIC) en HR 6 april 2012, NJ 2013, 235, m.nt. De Boer (*Al Rafidain Bank/Solvovhem*).

²⁴¹ Sanders 1996, art. 1054 Rv, aant. 4.4 alsmede Snijders 2011, art. 1054 Rv, aant. 3.

²⁴² Van den Berg, Van Delden & Snijders, p. 109.

²⁴³ De Ly 1992, p. 100 alsmede Sanders 1996, art. 1054 Rv, aant. 4.3.

²⁴⁴ Van den Berg 1997, p. 8.

zijn om daarna aan de hand van die regels het toepasselijke materiële recht vast te stellen. De methode van de *voie indirecte* is bijvoorbeeld vervat in artikel VII lid 1 van de European Convention on Commercial Arbitration van 21 april 1961. Voor het geval een rechtskeuze ontbreekt moeten arbiters uit hoofde van dat artikel “*apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable*”. Dit artikel heeft vervolgens ook zijn weg gevonden naar artikel 28 lid 2 Modelwet. Dat artikel bepaalt dat “*the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable*”. Een soortgelijke regel vindt men onder meer in Engeland. De Zwitserse en de Duitse arbitragewet kennen daarentegen een eigen materiële conflictregel. Zo bepaalt artikel 187 lid 2 BIP dat het scheidsgerecht bij gebreke van een rechtskeuze moet beslissen “*nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt*”. Artikel 1051 lid 2 ZPO bepaalt op zijn beurt:

“Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist”

Sillevis Smitt meende dat de methode van de *voie directe* kon worden toegejuicht. Het leverde volgens hem namelijk onmiskenbaar een voordeel op dat arbiters niet hoeven aan te geven volgens welke conflictregels zij tot het toepasselijke recht zijn gekomen.²⁴⁵ Daarbij is de vrijheid van arbiters om het toepasselijke recht te bepalen op geen enkele wijze beperkt. Zij mogen volgens Sillevis Smitt derhalve het recht vinden op elke wijze die zij juist achten.²⁴⁶ Ook al bepaalt artikel 1054 lid 2 Rv dat niet met zoveel woorden, ik zou menen dat partijen arbiters ook kunnen opdragen om een bepaald conflictenrecht of een bepaalde conflictregel toe te passen.²⁴⁷ Wanneer de plaats van arbitrage derhalve in Nederland ligt en partijen bijvoorbeeld het arbitragereglement van de DIS van toepassing hebben verklaard, is het geen probleem dat artikel 23 lid 2 van dat reglement bepaalt dat, wanneer partijen geen rechtskeuze hebben gedaan, het recht moet worden toegepast waarmee de kwestie het nauwst is verbonden. Onomstreden is de methode van de *voie directe* echter alderminst.²⁴⁸ Grootste bezwaar daartegen is naar mijn mening dat voor partijen bij gebreke van nadere afspraken onduidelijk is aan de hand van

²⁴⁵ Sillevis Smitt, p. 164.

²⁴⁶ Sillevis Smitt, p. 166.

²⁴⁷ Als het meerdere van de rechtskeuze mag, is immers niet goed in te zien waarom het mindere niet zou mogen. Zie ook Meijer 2011, p. 360.

²⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Van den Berg 1997, p. 8.

welke criteria arbiters het toepasselijke recht zullen bepalen. Dat brengt voorafgaand aan de arbitrage mee dat partijen lang niet altijd zullen kunnen inschatten welk recht uiteindelijk zal worden toegepast. Dat heeft tot gevolg dat het voor partijen voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage mistig kan blijven wat hun rechten en plichten nu precies zijn. De methode van de *voie directe* kan derhalve gepaard gaan met een zekere mate van onvoorspelbaarheid en onzekerheid, met alle gevolgen van dien. Omdat op voorhand aldus onduidelijk is aan de hand van welke criteria het toepasselijke recht moet worden bepaald, zouden partijen nadien kunnen denken dat een resultaatgerichte vaststelling van het toepasselijke recht heeft plaatsgevonden. Dat heeft tot gevolg dat het rechtvaardigheidsgehalte van het arbitraal vonnis wordt ondermijnd.²⁴⁹ Dat klemmt nu rechterlijke controle ten aanzien van het toegepaste recht nagenoeg non-existent is. Het arbitraal vonnis mag behoudens strijd met de openbare orde immers niet inhoudelijk worden getoetst.²⁵⁰

Overweegt men vervolgens om arbiters te verplichten om conflictregels toe te passen, dan rijst de vraag of men arbiters de vrijheid moet geven om zelf het toepasselijke conflictenrecht te bepalen of dat het Nederlandse internationaal privaatrecht moet worden toegepast. Snijders heeft betoogd dat de toepassing van het Nederlandse conflictenrecht wat hem betreft geïndiceerd is.²⁵¹ Deze opvatting is in ieder geval praktisch. Van meet af aan weten de betrokkenen immers welke regels in acht moeten worden genomen. Daar is de rechtszekerheid ook bij gebaat. Zouden wij Snijders' opvatting echter volgen, dan zouden we vanuit een rechtsvergelijkend perspectief uit de pas lopen. Bovendien is het moeilijk voor te stellen dat buitenlandse partijen en hun raadslieden zich telkens zouden willen onderwerpen aan het Nederlandse conflictenrecht. Vanuit dit oogpunt is het derhalve voorstelbaar dat arbiters de vrijheid wordt gegeven om de toepasselijke conflictregels in het licht van alle feiten en omstandigheden van het geval aan te wijzen. In dat verband moet een keuze van partijen voor een bepaald conflictenrecht ook voor mogelijk worden gehouden. Het nadeel van deze aanpak is evenwel dat voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage veelal nog steeds niet duidelijk is welk conflictenrecht zal worden toegepast. Ook is onduidelijk hoe het toe te passen conflictenrecht moet worden bepaald. Stel bijvoorbeeld dat een Braziliaan en een Australiër een geschil hebben over de distributie van producten in Noord-Amerika. Welk conflictenrecht is dan van toepassing? Of stel eens dat vragen van vertegenwoordiging spelen in een ge-

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ Zie paragraaf 6.4.3 en paragraaf 6.7.1.

²⁵¹ Snijders 2011, art. 1054 Rv, aant. 3.

schil tussen een Argentijn en een Spanjaard. Dient het Haags vertegenwoordigingsverdrag dan te worden toegepast, ook al zijn slechts vier landen partij bij dat verdrag, of niet? Dit soort vragen kunnen in de praktijk nog best tot verhitte discussies leiden, met nadelige consequenties voor de proceseconomie en het kostenplaatje. Dat is allerm minst doelmatig. Bovendien kan voorafgaand aan de arbitrage nog steeds mistig zijn welk recht uiteindelijk zal worden toegepast. Dat gaat weer ten koste van de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid. Wat dat betreft is de methode van de *voie indirecte*, die onder meer is vastgelegd in artikel 28 lid 2 Modelwet, niet veel beter dan de *voie directe*.

Dat brengt mij op de Zwitsers-Duitse oplossing. Zij heeft als voordeel dat van meet af aan duidelijk is aan de hand van welk criterium het toepasselijke recht moet worden vastgesteld.²⁵² Tegelijkertijd wordt een neutraal en objectief richtsnoer aan partijen en arbiters verschaft hoe het toepasselijke recht moet worden bepaald.²⁵³ Bovendien is de leer van de nauwste verbondenheid algemeen geaccepteerd, zodat de toepassing van deze regel niet snel tot debat zal leiden. Probleem is alleen dat er een verscheidenheid aan aanknopingspunten bestaat om de rechtsverhouding onder te brengen bij een bepaald recht, terwijl men op voorhand niet altijd kan inschatten aan welke aanknopingspunten arbiters gewicht zullen toekennen. Dat is met name het geval als de arbiters afkomstig zijn uit landen met een verschillende rechtscultuur en een ander conflictenrecht. Zo kan een Amerikaanse arbiter bijvoorbeeld op een andere wijze op zoek gaan naar het nauwst verbonden recht dan zijn Duitse collega.²⁵⁴ Wat dat betreft valt derhalve evenmin uit te sluiten dat er voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage nog steeds een bepaalde mate van onvoorspelbaarheid en onzekerheid bestaat, al zal die in veel gevallen beduidend minder zijn dan bij de methode van de *voie directe* en de traditionele methode van de *voie indirecte*.²⁵⁵ Probleem is mogelijk nog wel dat niet elke rechtsverhouding zich laat aanknopen door het leerstuk van de nauwste verbondenheid, terwijl nationale rechtsstelsels wel kunnen voorzien in passende verwijzingsregels.

²⁵² In gelijke zin Van Delden 1995, p. 7.

²⁵³ Van Delden 1996, p. 35.

²⁵⁴ Zie hoofdstuk 3.4 voor het Amerikaans conflictenrecht.

²⁵⁵ In dat verband zou men overigens ook kunnen overwegen om een lijst van aanknopingsfactoren op te stellen aan de hand waarvan dan telkens kan worden bepaald met welk recht de kwestie het nauwst verbonden is.

6.7.4 *De vrijheid en grenzen van artikel 1054 lid 2 Rv*

Omdat men bij arbitrage op grond van artikel 1054 lid 2 Rv niet gebonden is aan de regels van het Nederlandse internationaal privaatrecht, zou in een arbitrage een (niet-statelijk) recht kunnen worden toegepast dat door de overheidsrechter niet zou (kunnen) zijn toegepast. Het kan voor de uitkomst van het geschil derhalve uitmaken of de zaak in Nederland wordt voorgelegd aan de arbiter of de rechter. Dat heeft iets tegennatuurlijks en Struycken stelde in dit verband:

“The legal truth applies regardless of whether at all a procedure is brought. But if a procedure is instituted, it should not make a difference whether a State court is seized or an arbitrator.”²⁵⁶

Een mogelijk verschil in uitkomst zou slecht kunnen worden gerechtvaardigd, ware het niet dat de grondslag van arbitrage in tegenstelling tot overheidsrechtspraak niet wordt gevonden in de wet maar in de opdracht van partijen. Niettemin zijn er – zoals in paragraaf 4.3.2.2(e) bleek – conflictregels die, ook al hebben zij betrekking op kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan, van openbare orde zijn. Dat is het geval als de conflictregel ook andere belangen dan het partijbelang beoogt te beschermen of het partijbelang dat de conflictregel beoogt te beschermen van zo’n fundamenteel gewicht is dat waarborging van dat belang te allen tijde aangewezen is. Zo kan het bijvoorbeeld gebeuren dat een kwestie wel ter vrije dispositie van partijen staat en aldus arbitabel is, maar dat een volledige of conflictenrechtelijke rechtskeuze op grond van ons conflictenrecht niet mogelijk wordt geacht. Zo is bijvoorbeeld algemeen geaccepteerd dat een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor een ander rechtsstelsel in een puur nationale situatie niet mogelijk is.²⁵⁷ Het ontgaat mij waarom dat in het geval van arbitrage anders zou moeten zijn.²⁵⁸ En wat te denken van bijvoorbeeld een rechtskeuze ter zake van een arbeidsovereenkomst? Ingevolge artikel 8 lid 1 Rome I kan een rechtskeuze in het geval van een arbeidsovereenkomst wel, maar mag een werknemer kort gezegd niet die bescherming verliezen die hij geniet op grond van bepalingen van het objectief toepasselijke recht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. Het komt mij vervolgens voor dat arbiters die regel ook, zo nodig ambtshalve, moeten toepassen en dat een werknemer te allen tijde een beroep moet kunnen doen op

²⁵⁶ Struycken 2004, p. 91.

²⁵⁷ Zie hierover nader paragraaf 5.4.3.

²⁵⁸ Zie ook Franx, p. 83-84, waar hij stelt dat de toepassing van buitenlands recht op de materie van een zuiver Nederlandse arbitrage onwenselijk is.

deze regel. Anders zou de werknemer door te kiezen voor of te bewilligen in arbitrage zijn conflictenrechtelijke bescherming verliezen die hij anders wel had gehad.²⁵⁹ Op conflictregels die processueel van openbare orde zijn voor de rechter zou naar mijn mening in arbitrage dan ook acht moeten worden geslagen, zij het dat dit in de praktijk niet snel tot problemen zal leiden. De meeste conflictregels die verband houden met kwesties die ter vrije dispositie staan van partijen zijn immers niet van openbare orde.

6.7.5 Conclusie en aanbeveling

In arbitrage heeft men beduidend meer vrijheid ten aanzien van het toe passen recht dan bij een procedure bij de overheidsrechter. Die vrijheid dient evenwel te worden ingeperkt wanneer er conflictregels in het geding zijn die van openbare orde zijn. Zij dienen ook in arbitrage te worden toegepast. Omdat de meeste conflictregels niet van openbare orde zijn, zal de conflictenrechtelijke vrijheid die voortvloeit uit artikel 1054 lid 2 Rv echter zelden worden geknot. Groot nadeel van de huidige regeling is evenwel dat, bij gebreke van een rechtskeuze, voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage lang niet altijd voorspelbaar is welk recht zal worden toegepast. Wat dat betreft biedt de methode van de *voie directe* nagenoeg geen handvatten, hetgeen amper zou veranderen met de invoering van de methode van de *voie indirecte*. De Zwitsers-Duitse oplossing is al beduidend beter en valt te prefereren, maar ook zij laat nog ruimte voor discussie en biedt mogelijk niet in alle gevallen soelaas. Dat brengt mij toch weer op de oplossing van Snijders en de toepassing van het Nederlandse conflictenrecht, maar die oplossing roept vanuit een internationaal perspectief wellicht weerstand op. Het voorgaande brengt mij er, alles afwegende, toe primair de toepassing van de Zwitsers-Duitse oplossing te bepleiten (eventueel aangevuld met een opsomming van mogelijke aanknopingspunten) en voor gevallen waarin zij geen soelaas biedt de toepassing van het Nederlandse conflictenrecht te verlangen. Ik kom hier in de conclusie (paragraaf 6.9) nog op terug. Vanuit proceseconomisch oogpunt en in het licht van het beginsel van hoor en wederhoor doen arbiters er overigens goed aan om het debat in voorkomende gevallen eerst te beperken tot de vraag welk recht moet worden toegepast. Dan kunnen zij daarover bij tussenvonnis beslissen, waarna het inhoudelijke debat in volle omvang kan losbarsten.

²⁵⁹ Zie ook paragraaf 4.3.2.2(e) en paragraaf 5.4.3.

6.8 Openbare orde en voorrangsregels

In de vorige paragraaf is aan de orde gekomen hoe het recht moet worden bepaald dat op het materiële geschil van toepassing is. In dat verband ben ik niet ingegaan op de vraag of materiële regels van openbare orde²⁶⁰ en voorrangsregels²⁶¹ ook in arbitrage moeten worden toegepast. Ofschoon artikel 1054 lid 2 Rv wat dat betreft zwijgt, wordt wel aangenomen dat beide daadwerkelijk kunnen ingrijpen op het door partijen gekozen of anderszins toepasselijk geachte recht.²⁶² De openbare orde behoort naar mijn mening echter alleen een rol te spelen als (i) het door partijen gekozen of het door arbiters aangewezen recht door zijn inhoud in strijd komt met fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde (die al dan niet (mede) voortvloeien uit internationale en communautaire rechtsbronnen) én (ii) onze rechtsorde ook daadwerkelijk betrokken is bij het geschil. Wordt aan beide voorwaarden voldaan, dan moet worden ingegrepen. Anders staat het arbitraal vonnis bloot aan vernietiging wegens strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub e Rv. Maar er is bijvoorbeeld geen enkele reden om in een internationale arbitrage tussen een Chileen en een Rus regels van openbare orde toe te passen als de Nederlandse rechtsorde niet wordt getroffen.²⁶³ Vraag is alleen wanneer onze rechtsorde zodanig is betrokken dat ingrijpen van de openbare orde geboden is. Een algemene regel is vervolgens lastig te geven. Het zal namelijk sterk afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval, maar in zijn algemeenheid zou ik willen betogen dat de enkele omstandigheid dat een der partijen hier actief heeft niet voldoende is om te concluderen dat het ingrijpen van de openbare orde geboden is. Zo kan de winnaar er bijvoorbeeld voor kiezen om zich niet te verhalen op het eventuele Nederlandse vermogen van de verliezer. Verder kan niet worden uitgesloten dat de verliezer vrijwillig aan het vonnis zal voldoen. Daar komt bij dat een arbitraal vonnis niet ten uitvoer kan worden gelegd zonder *exequatur*. Vanzelfsprekend kan het *exequatur* wel worden geweigerd als de verliezer in gebreke blijft met de

²⁶⁰ Het gaat dan om dwingend materieel recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd, aldus *Eco Swiss/Benetton* (zie noot 5).

²⁶¹ Dat zijn materiële rechtsnormen die toepassing claimen ongeacht of zij deel uitmaken van het door een rechtskeuze of een anderszins aangewezen recht, aldus ook Meijer 2011, p. 357-358 en paragraaf 5.4.3.

²⁶² Zie bijvoorbeeld Sillevius Smitt, p. 167-168 en Van Delden 1995, p. 7. Vergelijk evenwel Bogdan 2011, p. 191 e.v., die meent dat er geen enkele rol bestaat voor de openbare orde in het kader van een internationale arbitrage.

²⁶³ Het buiten toepassing laten van de betreffende regel van openbare orde behoort in dat geval ook niet te leiden tot vernietiging.

nakoming van het vonnis en de winnaar zou besluiten zich met behulp van het arbitraal vonnis te verhalen op het Nederlands vermogen van de verliezer. Voor mijn opvatting vind ik steun in het gegeven dat de bevoegdheid van scheidsgerechten niet gebaseerd is op de wet en in het geval van arbitrage geen recht wordt gesproken door een orgaan van onze staat dat tot taak heeft om de Nederlandse rechtsorde te bewaken nu het scheidsgerecht geen instrument is van de Nederlandse staat.²⁶⁴ Een voorrangsregel van de *lex fori* of de *lex causae* heeft gezien het voorgaande eveneens alleen geldingspretentie als in het licht van alle feiten en omstandigheden moet worden geoordeeld dat de rechtsorde van de betreffende regel zo nauw bij het geschil betrokken is dat handhaving van de betreffende voorrangsregel geboden is.²⁶⁵ Tegelijkertijd kan bezwaarlijk van arbiters worden verwacht dat zij voorrangsregels in acht nemen waaraan zij, gelet op de plaats van arbitrage of het door partijen gekozen of anderszins toepasselijke recht, geen ‘*allegiance*’ verschuldigd zijn.²⁶⁶ Dat lijkt mij slechts anders voor het geval er derdelandsvoorrangsregels geldingspretentie claimen uit landen waar de verbintenis of verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, voor zover die voorrangsregels de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken.²⁶⁷ Er is dan immers geen goede reden meer om de overeenkomst alhier wel voor wettig te houden. In zijn algemeenheid kan gezien het voorgaande evenwel worden gesteld dat een scheidsgerecht slechts in een beperkt aantal gevallen verplicht zal zijn om een voorrangsregel toe te passen, waarbij bovendien geldt dat het arbitraal vonnis in Nederland niet voor vernietiging in aanmerking komt als een buitenlandse voorrangsregel niet in acht is genomen. Dat het arbitraal vonnis in bepaalde landen vervolgens mogelijk niet zou kunnen worden erkend of ten uitvoer zou kunnen worden gelegd, is een risico dat partijen hebben te accepteren. Het is namelijk aan hen om op voorhand de risico’s in te schatten van de mogelijkheid dat een eventueel arbitraal vonnis in een bepaald land niet wordt erkend of ten uitvoer zou kunnen worden gelegd.²⁶⁸

²⁶⁴ Vergelijk evenwel Sillevius Smitt, p. 168, die stelt dat de wetgever de arbiter op dit punt niet meer de vrije hand heeft willen laten dan de overheidsrechter.

²⁶⁵ Vergelijk Blessing 1999, p. 57 e.v., Bermann 2011, p. 7 e.v., Shore, p. 131 e.v. en Smit, p. 207 e.v.

²⁶⁶ De Boer 2003, p. 56.

²⁶⁷ Vergelijk artikel 9 lid 3 Rome I.

²⁶⁸ Zie paragraaf 6.2.3, waar dit ook aan de orde kwam met betrekking tot arbitrabiliteit.

6.9 Conclusie

Wanneer partijen een gerechtelijke procedure entameren bij de Nederlandse rechter wordt het toepasselijke recht bepaald aan de hand van het Nederlandse conflictenrecht, dat geënt is op het Savigniaanse verwijzingsprocedé waarbij als normatief uitgangspunt geldt dat in beginsel alle rechtsstelsels op gelijke voet voor toepassing in aanmerking komen. Aldus moet de rechter het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht (behoudens in geval van appel en cassatie) ingevolge artikel 10:2 BW ambtshalve toepassen, ongeacht of de kwestie ter vrije dispositie staat van partijen of niet. Zo worden in theorie de omstandigheden geschapen om het doel van conflictenrecht te realiseren. In het licht van de vorige paragrafen mag evenwel worden geconcludeerd dat het conflictenrecht, dat voor procedures bij de rechtbanken moet worden gekwalificeerd als een soort van superdwingend recht, van secundair belang is in het geval van arbitrage zodra mag worden aangenomen dat het scheids-gerecht bevoegd is om kennis te nemen van het geschil. Wanneer arbiters namelijk het toepasselijke recht ten aanzien van het materiële geschil moeten vaststellen, zijn zij immers niet gebonden aan de regels van conflictenrecht die gelden voor de rechter, tenzij een conflictregel aan de orde is die van openbare orde is. Nu de meeste conflictregels in kwesties waarvoor arbitrage mogelijk is evenwel niet van openbare orde zijn, kunnen arbiters in het gros der zaken een ander recht toepassen dan de rechter zou hebben gedaan als hij was aangezocht. Aldus kan de gekozen methode van geschilbeslechting gevolgen hebben voor de uitkomst van het geschil. Daar komt bij dat arbiters in beginsel niet verplicht zijn om de inhoud van het door partijen gekozen of anderszins aangewezen recht ambtshalve vast te stellen. Door te kiezen voor arbitrage worden partijen derhalve geconfronteerd met een conflictenrechtelijk regime dat bij de overheidsrechter op dit moment onbekend is. De rechtvaardiging die daarvoor kan worden gegeven is dat de grondslag van arbitrage niet wordt gevonden in de wet maar in een arbitrageovereenkomst (de wil van partijen) en dat arbitrage als methode van geschilbeslechting slechts mogelijk is voor kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan. Als gevolg van de keuze voor de methode van de *voie directe* kan het voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage evenwel mistig zijn welk recht moet worden toegepast. Daarom zou ik (meer) duidelijkheid willen scheppen ten aanzien van het toe te passen recht. Ik zou in dat verband willen verdedigen dat wordt vastgelegd dat ten aanzien van kwesties waarvoor geen conflictregels gelden die van openbare orde zijn, (i) het gekozen recht wordt toegepast, (ii) dat bij gebreke van een rechtskeuze en andersluidende partijafspraken het recht wordt toegepast waarmee de

kwestie het nauwst verbonden is en (iii) dat het Nederlandse conflictenrecht wordt toegepast in gevallen waarin het nauwste verbondenheids-criterium geen soelaas biedt. Daar is de voorspelbaarheid, de doelmatigheid en de rechtszekerheid bij gebaat. Verder heb ik in dit hoofdstuk nog enkele suggesties gedaan, met name ter verbetering van een efficiënte gedingvoering en het gebruiksgemak van onze arbitragewet. Ten aanzien van arbitrages met internationale elementen zijn namelijk nog wel degelijk verbeteringen te realiseren om te bewerkstelligen dat de vragen uit de inleiding niet langer zullen opkomen.

7. CONCLUSIE EN SAMENVATTING

In de voorgaande hoofdstukken heb ik onderzocht wat de grondslagen zijn van het conflictenrecht en hoe het conflictenrecht en het vreemde recht worden behandeld in gerechtelijke en arbitrale procedures. In dit laatste afrondende hoofdstuk vat ik mijn bevindingen samen en presenteer ik mijn conclusies.

Sinds de oudheid wordt geworsteld met de vraag welk recht moet worden toegepast in grensoverschrijdende gevallen. De Romeinen schiepen het *ius gentium*, een complex van (privaatrechtelijke) regels dat op basis van het natuurrecht zou gelden voor alle volkeren en dat kon worden toegepast als anderen dan Romeinen bij een kwestie betrokken waren.¹ De idee van de *ius gentium* heeft na de val van het Romeinse rijk evenwel geen navolging gevonden. In plaats daarvan werd bijvoorbeeld de toepassing van de *lex fori* of de toepassing van de beste en meest bruikbare wet verdedigd.² Door toedoen van de postglossatoren in het algemeen en Bartolus in het bijzonder heeft in West-Europa vanaf de veertiende eeuw evenwel de statutenleer ingang gevonden, uit hoofde waarvan het ruimtelijke toepassingsbereik van de materiële rechtsregel moest worden bepaald vanuit de rechtsregel zelf, afhankelijk van het onderwerp en strekking van de regel.³ d'Argentré heeft daarna in de zeventiende eeuw de onderscheiding tussen *statuta realia*, *statuta mixta* en *statuta personalia* tot hoofdonderscheiding verheven.⁴ Behoorde een rechtsregel tot de klasse van de *statuta realia* of *statuta mixta* dan werkte de betreffende regel slechts op het grondgebied van de wetgever die de betreffende regel had uitgevaardigd.⁵ Oftewel, zulke regels hadden enkel territoriale werking. Een rechtsregel die behoorde tot de klasse van de *statuta personalia* had daarentegen extraterritoriale werking en hij zou ook werking hebben buiten de landsgrenzen van de staat die hem had uitgevaardigd.⁶ Het nadeel van de unilaterale methode was alleen dat het niet altijd eenvoudig was om te bepalen of een regel behoorde tot de *statuta realia*, *statuta mixta* of *statuta personalia*, alleen al omdat regels vaak zien op zowel zaken als de persoon. In de rechtswetenschap is dan ook uitvoerig gedebatteerd over de vraag wanneer een statuut als reëel, gemengd of persoonlijk moest worden aangemerkt en met grote regelmaat kon een regel bij

¹ Zie paragraaf 2.3.1.

² *Idem.*

³ Zie paragraaf 2.3.2.

⁴ Zie paragraaf 2.3.3.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

verschillende klassen worden ondergebracht, afhankelijk van waarop men de nadruk legde. Dat bracht in de praktijk mee dat de meest uiteenlopende oplossingen konden worden verdedigd zonder dat een oplossing als fout terzijde kon worden geschoven.⁷ Verder bracht de unilaterale methode van de statutenleer in de praktijk mee dat staten inmenging op hun soevereiniteit moesten dulden voor zover het *statuta personalia* betrof, aangezien deze regels extraterritoriale werking hadden en de persoon volgden in het buitenland.⁸

De rechtsgeleerden die tot de Nederlandse school mogen worden gerekend hadden evenwel moeite met het onderscheid dat de Italiaanse en Franse rechtsgeleerden maakten tussen enerzijds de territoriale werking van de *statuta realia* en de *statuta mixta* en anderzijds de universele werking van de *statuta personalia*. Volgens Paulus Voet, zijn zoon Johannes Voet en Ulrik Huber – die bepalend zijn geweest voor de Nederlandse school⁹ – reikte het gezag van een staat namelijk niet verder dan zijn staatsgrenzen. Geen enkele regel kon derhalve uit zichzelf extraterritoriale werking hebben.¹⁰ Desalniettemin wilden vader en zoon Voet noch Huber onverkort vasthouden aan het soevereiniteitsprincipe, omdat het internationaal rechtsverkeer daardoor al teveel zou worden ondermijnd. De Voeten en Huber zochten dan ook naar een grondslag om hun soevereiniteitsdenken te kunnen combineren met de behoeften van hun tijd. Voornoemde grondslag vonden deze Nederlandse rechtsgeleerden vervolgens in de *comitas*.¹¹ De Voeten en Huber zouden dat begrip evenwel verschillend inkleuren. Voor vader en zoon Voet hield dat begrip in dat staten uit welwillendheid de werking van vreemd recht binnen hun grenzen duldden.¹² Geen enkele staat kon derhalve een recht doen gelden op hetgeen men *ex comitate* toestond.¹³ Zo kon de ene staat de toepassing van een vreemde regel op zijn grondgebied wel toestaan, terwijl een andere staat dat niet deed. Daar bleef het voor vader en zoon Voet evenwel niet bij. Zij wilden de statelijke vrijheid namelijk combineren met de gebondenheid van rechters aan regels die gevallen aanwezen waarin vreemd recht moest worden toegepast. Die regels konden vervolgens van de staat alleen zijn uitgegaan, door hem zijn erkend, dan wel bij verdrag met andere staten zijn overeengekomen of voortvloeien uit een gewoonte die als een verdragsverplichting behoorde te worden nagekomen. Schreef

⁷ Zie paragraaf 2.3.5.

⁸ Zie paragraaf 2.3.7.3.

⁹ Zie paragraaf 2.3.7.

¹⁰ Zie paragraaf 2.3.7.3.

¹¹ *Idem*.

¹² Zie paragraaf 2.3.7.3 en paragraaf 2.3.7.3(b).

¹³ Zie paragraaf 2.3.7.3(b).

een regel derhalve de toepassing van vreemd recht voor, dan was de rechter verplicht om het aldus aangewezen vreemde recht toe te passen.¹⁴ De *comitas* van Huber behelsde daarentegen een rechtsplicht uit hoofde van het volkerenrecht, die steunde op het onderling gerief en die volgde uit een stilzwijgende overeenkomst tussen staten, uit hoofde waarvan verkregen rechten overal moesten worden geëerbiedigd, tenzij het verkregen recht in strijd kwam met de *“Macht of het Recht des anders in zijn bedrijf”*.¹⁵

Huber is van alle Europese rechtsgeleerden vervolgens het meest geciteerd in de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur en hij werd vanaf het midden van de achttiende eeuw ook geregeld aangehaald in de Anglo-Amerikaanse rechtspraak.¹⁶ Opvallend genoeg is daarbij onopgemerkt gebleven dat Huber een rechtsplicht veronderstelde om in een voorkomend geval vreemd recht toe te passen, althans verkregen rechten te erkennen. In plaats daarvan ging men er in Engeland en de Verenigde Staten in het algemeen vanuit dat de toepassing van vreemd recht berustte op de welwillendheid van de ene staat jegens de andere staat. Aldus gold het soevereiniteitsbeginsel bij de Anglo-Amerikanen onverkort. Elke staat kon volgens de Anglo-Amerikanen in beginsel derhalve zelf bepalen wanneer welk vreemd recht moest worden toegepast.¹⁷ Deze gedachte heeft in voornoemde landen ook nooit echt ter discussie gestaan.¹⁸

In West-Europa werd tot halverwege de negentiende eeuw evenmin getornd aan het soevereiniteitsbeginsel. Tot halverwege de negentiende eeuw werd dan ook algemeen aangenomen dat het conflictenrecht zijn grondslag vond in het nationale domein. Dat gold bijvoorbeeld ook voor Foelix en Von Wächter. Volgens Foelix had een wet of een vonnis uit eigen kracht aldus geen werking in een vreemde staat. Daarvoor was de uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van de vreemde staat vereist.¹⁹ Von Wächter vond op zijn beurt dat de wetgever – behoudens voor enkele internationaal aanvaarde regels die volgden uit verdragen of het internationaal gewoonterecht – zelf zou kunnen bepalen wanneer welk vreemd recht moest worden toegepast. Daarbij hanteerde hij drie basisregels. Voorzag het positieve recht in een regel ten aanzien van het toe te passen recht, dan moest die regel en het door die regel aanwezen recht

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Zie paragraaf 2.3.7.3(a).

¹⁶ Zie paragraaf 2.4.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Zie paragraaf 2.4 en paragraaf 3.4.

¹⁹ Zie paragraaf 2.6.2.

worden toegepast. Ontbrak zo'n regel dan moest de rechter uit de *Geist* en *Sinn* van zijn materiële recht in het licht van de voorliggende kwestie afleiden of het eigen recht geldingspretentie had of dat alsnog een vreemde regel moest worden toegepast. Wanneer uit het materiële recht evenwel niet met voldoende duidelijkheid kon worden afgeleid of de nationale of de vreemde regel moest worden toegepast, dan gold het forale materiële recht, omdat de rechter zich heeft te houden aan het recht van de staat waarvan hij een orgaan is en hij tot taak heeft om dat recht te verwezenlijken.²⁰

Het soevereiniteitsprincipe ging halverwege de negentiende eeuw evenwel op de schop bij Von Savigny. Volgens hem werd de grondslag van het internationaal privaatrecht namelijk niet gevonden in het nationale domein, maar in het internationale domein en in een bovenstatelijke grondslag (waarmee hij aansloot bij Huber).²¹ Meer specifiek vond Von Savigny de grondslag van het conflictenrecht in de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren. De eis van Von Savigny dat de conflictenrechtelijke oplossingen moeten voldoen aan de eisen die de met elkaar verkerende volkeren stellen zou enerzijds zijn ingegeven door de Christelijke moraal en anderzijds door het werkelijke voordeel dat er mee te behalen viel.²² Daarbij maakte het voor Von Savigny niet uit welke rechter zou worden geadieerd, omdat overal dezelfde conflictregels zouden (moeten) gelden en elke rechter derhalve hetzelfde recht zou moeten toepassen. Von Savigny stond dan ook een universeel conflictenrecht voor.²³

Nadat Von Savigny's achtste band van zijn "System des heutigen römischen Rechts" in 1849 was verschenen, waarin hij voornoemde gedachten verwoordde, brak in de rechtswetenschap een periode aan waarin de gedachte de overhand had dat de grondslag van het internationaal privaatrecht gevonden kon worden in het internationale domein.²⁴ Daarbij werd algemeen verdedigd dat de vraag welk recht in een concreet geval moest worden toegepast diende te worden beantwoord aan de hand van overal aanvaarde of te aanvaarden regels, zodat elk wetsconflict, waar het zich dan ook voordeed, kon worden beslecht aan de hand van een voor elke staat geldende identieke set conflictregels.²⁵

²⁰ Zie paragraaf 2.6.3.

²¹ Zie paragraaf 2.7.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ Zie paragraaf 2.8, waar de gedachten van Mancini worden besproken en paragraaf 3.2.2, waar de Volkenrechtelijke stroming wordt besproken.

²⁵ Zie paragraaf 3.2.3.

Het internationale gedachtegoed verloor echter rap terrein vanaf het einde van de negentiende eeuw en is uiteindelijk (weer) overvleugeld door de gedachte dat de grondslag van het internationaal privaatrecht gevonden moet worden in het nationale domein en dat staten aldus soeverein zijn voor wat betreft het conflictenrecht.²⁶ Staten kunnen derhalve zelf bepalen wanneer welk recht moet worden toegepast. Er is echter alleen naar behoren verwezen als het resultaat van de verwijzing als passend wordt ervaren. Telkens moeten (organen van) staten dan ook op zoek naar conflictregels die leiden tot de aanwending van dat recht dat voor het internationale rechtsverkeer tot aanvaardbare uitkomsten leidt. Anders gaat dat ten koste van een evenwichtig rechtsverkeer. Zodoende kan ook worden verdedigd dat staten de toepassing van vreemd recht niet structureel moeten uitsluiten met het voorbijgaan aan wat aanvaardbaar is voor het internationale rechtsverkeer.²⁷ Wat voor het internationaal rechtsverkeer aanvaardbaar is, is evenwel relatief en afhankelijk van de betrokken staten,²⁸ die elk hun rechtscultuur hebben.²⁹ Een wereldwijde harmonisatie van conflictregels is dan ook praktisch onbereikbaar.³⁰ Het is zelfs maar de vraag of een universeel conflictenrecht ooit zal kunnen worden gerealiseerd.³¹ Dat laat onverlet dat er conflictregels zijn die hun grondslag vinden in een bovenstatelijke bron. Dat is het geval als de betreffende conflictregel voortspuit uit verdragen,³² het communautaire recht³³ of eventueel het internationaal gewoonterecht.³⁴ Voor staten die gebonden worden door voornoemde regelingen geldt dat zij voor een kwestie die door één van voornoemde regelingen wordt bestreken niet meer vrij zijn om het conflictenrecht naar eigen goeddunken in te richten.³⁵ Daar komt bij dat de inhoud en werking van het (commune) conflictenrecht kan worden beïnvloed door fundamentele beginselen van Unierecht,³⁶ het Handvest,³⁷ mensenrechtenverdragen³⁸ en investerings-

²⁶ Zie paragraaf 3.3, waar de Realistische stroming wordt besproken.

²⁷ Zie paragraaf 3.3.3 en paragraaf 3.5.3.2(b).

²⁸ *Idem*.

²⁹ Zie paragraaf 3.6.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*.

³² Zie paragraaf 3.5.3.1(a).

³³ Zie paragraaf 3.5.3.1(b).

³⁴ Zie paragraaf 3.5.3.2.(b), waar ik de vraag heb opgeworpen of er conflictenrechtelijke regels van internationaal gewoonterecht (kunnen) bestaan.

³⁵ Zie paragraaf 3.7.

³⁶ Zie paragraaf 3.5.3.1(b), waar ik dat heb toegelicht aan de hand van rechtspraak van het HvJEU.

³⁷ Zie eveneens paragraaf 3.5.3.1(b).

³⁸ Zie paragraaf 3.5.3.1(c), waar ik aan de hand van rechtspraak van het EHRM inzichtelijk heb gemaakt dat bij het EHRM kan worden geklaagd dat conflictregels in strijd zijn met het

verdragen,³⁹ die in dat opzicht een raamwerk bieden waarbinnen moet worden geacteerd door de staten op wie die regelingen van toepassing zijn.⁴⁰ Aldus kan worden gesteld dat het internationaal publiekrecht – dat een weerspiegeling vormt van de gemeenschappelijke wil van de met elkaar verkerende volkeren – het conflictenrecht beïnvloedt,⁴¹ terwijl staten een conflictenrecht hebben ter regulering van het internationale rechtsverkeer.⁴² Ontbreekt een conflictregel voor het voorliggende geval, dan doet de rechter er verstandig aan om dat recht toe te passen dat in het licht van de omstandigheden van het geval als het meest passend wordt ervaren.

Ondanks dat vandaag de dag met de nodige voorbehouden en uitzonderingen kan worden gesteld dat het internationaal privaatrecht zijn grondslag vindt in het nationale domein, heeft het Savigniaanse verwijzingsmodel de tand des tijds redelijk goed doorstaan en ligt dat model nog steeds aan de basis van het Europese internationaal privaatrecht.⁴³ Voor het bepalen van het toepasselijke recht stelde Von Savigny de rechtsverhouding voorop. Von Savigny's vraagstelling luidde dan ook bij welk recht de rechtsverhouding gezien haar aard moest worden ondergebracht en zijn methode was gericht op het lokaliseren van de *Sitz* van een internationale rechtsverhouding en niet op het afbakenen van het internationale toepassingsbereik van materieel recht.⁴⁴ Met behulp van een aanknopingsfactor zou elke rechtsverhouding vervolgens kunnen worden ondergebracht bij het meest geëigende recht. Daarbij ging Von Savigny voorbij aan de wil van partijen en partijautonomie in de moderne zin des woords werd door Von Savigny derhalve niet erkend. Ook ging Von Savigny eraan voorbij dat rechtsverhoudingen mogelijk niet altijd eenvoudig kunnen worden ondergebracht bij één rechtstelsel. Het is dan ook een zonde tegen de geest van Von Savigny om de verschillende rechtsvragen, die kunnen rijzen in het kader van een en dezelfde rechtsverhouding, te beantwoorden aan de hand van verschillende rechtstelsels.⁴⁵ Het grootste nadeel van het klassieke Savigniaanse verwijzingsprocedé is evenwel zijn indirecte, neutrale en abstracte karakter, zodat het kan voorkomen dat het aangewezen recht niet geacht kan worden het

EVRM en dat het EVRM in dat verband een kader schept waaraan conflictregels kunnen worden getoetst en waaraan zij derhalve moeten voldoen.

³⁹ Zie paragraaf 3.5.3.1(d).

⁴⁰ Zie paragraaf 3.5.3.1(e) en paragraaf 3.7.

⁴¹ Zie paragraaf 3.7.

⁴² Zie paragraaf 3.5.2.

⁴³ Zie paragraaf 2.7 en 2.9.

⁴⁴ Zie paragraaf 2.7.

⁴⁵ Zie paragraaf 2.9.

meest betrokken recht te zijn omdat de materiële uitkomst van de verwijzing niet als passend wordt ervaren.⁴⁶ In de loop van de twintigste eeuw is daarom verdedigd dat de blinddoek van Von Savigny moest worden afgeworpen om in alle gevallen te kunnen komen tot een passende oplossing. Dat is ook gedeeltelijk gebeurd. Zo zijn in de moderne conflictregels materieelrechtelijke uitgangspunten en aan het materiële recht ontleende waarde- en doelvoorstellingen verwerkt.⁴⁷ Bovendien zijn de moderne conflictregels minder rigide en voorziet ons conflictenrecht in een aantal correctiemogelijkheden.⁴⁸ Derhalve kan ook worden gesteld dat de moderne conflictregel meer is dan enkel een waardeneutrale conflictregel die slechts een “*Ordnungsfunktion*” heeft. Voornoemde ontwikkeling heeft mede plaatsgevonden onder invloed van de Amerikaanse conflictenrechtelijke revolutie,⁴⁹ die aldus heeft bijgedragen aan het Europese compromis tussen waardevrije aanknopingsfactoren en een doelgerichte belangenafweging.⁵⁰

Daarbij heeft in Nederland onder invloed van Von Savigny’s verwijzingsmethode de gedachte de overhand gekregen dat alle rechtssstelsels gelijkwaardig en inwisselbaar zijn en dat zij op de voet van gelijkwaardigheid voor toepassing in aanmerking komen.⁵¹ Dat is het normatieve uitgangspunt dat vandaag de dag ten grondslag ligt aan ons conflictenrecht. Verwijst de toepasselijke conflictregel aldus naar vreemd recht, dan wordt dat recht bij wijze van uitgangspunt met een terzijdestelling van de *lex fori* toegepast,⁵² waarbij wordt uitgegaan van een verplichting ten opzichte van de betrokkenen bij het internationaal rechtsverkeer om dat recht toe te passen dat de relevante verwijzingsregel voorschrijft, ongeacht of dat vreemd of Nederlands recht is.⁵³

Het doel van het moderne conflictenrecht is om het daarheen te geleiden dat de belangen worden geëerbiedigd van de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer. Aldus helpt het conflictenrecht de afdwingbaarheid van rechten en plichten met inachtneming van de belangen van alle

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Zie paragraaf 2.7 en paragraaf 3.4.10.

⁴⁸ Zie paragraaf 2.7.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Zie paragraaf 3.4.10.

⁵¹ Zie paragraaf 2.7, paragraaf 3.6 en paragraaf 4.1.

⁵² Zie paragraaf 3.6, waar ik eveneens inzichtelijk heb gemaakt dat in beginsel ook het recht moet worden toegepast van een land met een andere culturele achtergrond en andere waarde- en doelvoorstellingen, welk uitgangspunt wordt bestreden door Ten Wolde (zie paragraaf 3.3.2.10).

⁵³ Zie paragraaf 4.1.

betrokkenen bij het internationale privaatrechtelijke rechtsverkeer op een zo doelmatig en rechtvaardig mogelijke wijze te bewerkstelligen.⁵⁴

Gezien het doel van het conflictenrecht, het normatieve uitgangspunt dat in beginsel alle rechtsstelsels voor gelijke toepassing in aanmerking komen en gezien het feit dat wordt uitgegaan van een verplichting ten opzichte van de betrokkenen bij het internationale rechtsverkeer om dat recht toe te passen dat door ons conflictenrecht wordt aangewezen, zou men al snel geneigd kunnen zijn om te denken dat de rechter en de arbiter te allen tijde het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht zullen (moeten) toepassen.⁵⁵ Niets blijkt evenwel minder waar.

Voor rechtbankprocedures geldt ingevolge artikel 10:2 BW dat rechters het conflictenrecht ambtshalve moeten toepassen, ook als de vraag naar het toepasselijke recht niet behoort tot de geschilpunten van partijen.⁵⁶ De rechter is dan ook te allen tijde verplicht om het conflictenrecht zelfstandig en los van het partijdebat toe te passen. Het conflictenrecht behoort in een procedure bij de rechtbank zodoende niet tot dat gedeelte van het recht waarvan partijen zelf kunnen bepalen of zij dat toegepast wensen te zien of niet.⁵⁷ Aldus moet worden geconcludeerd dat het conflictenrecht in het geval van rechtbankprocedures net zo wordt behandeld als dwingend recht van openbare orde en dat het derhalve kan worden beschouwd als een soort van superdwingend recht.⁵⁸ Om die reden doet het er voor rechtbankprocedures ook niet toe of het conflictenrecht als zodanig daadwerkelijk dwingend recht van openbare orde is of niet.

Waar het voor rechtbankprocedures zodoende irrelevant is of een conflictregel processueel van openbare orde is, doet dat er voor appelprocedures wel toe. Heeft er namelijk een conflictregel geldingspretentie die processueel van openbare orde is, dan moet de betreffende regel binnen de omvang van het hoger beroep, maar desnoods buiten het door de grieven ontsloten debat, te allen tijde worden toegepast.⁵⁹ Oftewel, binnen de omvang van het appel moet de appelrechter een conflictregel van openbare orde ambtshalve toepassen.

⁵⁴ Zie paragraaf 3.5.2.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Zie paragraaf 4.3.1.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Zie paragraaf 4.2, waar ik heb uiteengezet dat er aanvullend recht, dwingend recht en dwingend recht van openbare orde (superdwingend recht) bestaat, waarbij ik ook heb uiteengezet waarom dit onderscheid belangrijk is.

⁵⁹ Zie paragraaf 4.3.2.2(e) en zie over de openbare orde en de omvang van het appel ook paragraaf 4.3.2.1(g) en paragraaf 4.3.2.1(h).

De vraag is dan ook wanneer een conflictregel processueel van openbare orde is. Dat is in de eerste plaats het geval in gedingen betreffende rechten en verplichtingen die bezien vanuit een materieelrechtelijk oogpunt op grond van de *lex fori* aan de partijdispositie zijn onttrokken. Het gaat dan om kwesties ten aanzien waarvan de rechter het recht, inclusief het conflictenrecht, ambtshalve in volle omvang en ongeacht de proceshouding van partijen dient toe te passen.⁶⁰ Dat is ten aanzien van kwesties die daarentegen wel ter vrije dispositie van partijen staan in de tweede plaats het geval indien de relevante conflictregel niet slechts een neutrale en abstracte "*Ordnungsfunktion*" heeft, omdat (i) de conflictregel niet alleen het partijbelang dient, maar ook andere belangen beoogt te beschermen of (ii) de conflictregel wel primair oog heeft op het partijbelang, maar dit belang gezien bepaalde maatschappelijke uitgangspunten van zo'n fundamenteel gewicht moet worden geacht dat waarborging van dat belang door de rechter is aangewezen.⁶¹

Daarnaast kan de appelrechter verplicht zijn om het conflictenrecht ambtshalve toe te passen als de uitspraak van de rechtbank geen expliciete conflictenrechtelijke keuze bevat en uit die uitspraak evenmin kan worden afgeleid welk recht is toegepast. Dan moet ervan worden uitgegaan dat het krachtens ons conflictenrecht aangewezen recht is toegepast, op welke fictie de appelrechter vervolgens moet voortbouwen.⁶² Voornoemde fictie brengt mee dat, ongeacht of partijen het conflictenrechtelijke debat in appel ontsluiten, de appelrechter het door ons conflictenrecht aangewezen recht in beginsel zal moeten aanwenden wanneer dat nodig is voor de beoordeling van de grieven of, na het slagen van een grief, noodzakelijk is bij de vaststelling van het uiteindelijke dictum in appel. Om vervolgens te waarborgen dat de appelrechter ook daadwerkelijk het door ons conflictenrecht aangewezen recht toepast, zal hij het conflictenrecht in dit soort gevallen ambtshalve moeten aanwenden.⁶³

Behalve in voornoemde twee gevallen heeft het conflictenrecht in appel voor het overige een facultatief karakter – ongeacht of een commune, een supranationale dan wel een communautaire conflictregel geldingspretentie heeft – en geldt de regel van artikel 10:2 BW, dat de rechter het conflictenrecht ambtshalve moet toepassen, niet onverkort in appel, aangezien

⁶⁰ Zie paragraaf 4.3.2.2(e).

⁶¹ *Idem*.

⁶² Zie paragraaf 4.3.2.2(c), waar ik ook heb betoogd dat de premisse dat de rechter de *lex fori* heeft toegepast als de uitspraak geen expliciet of impliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat waarschijnlijk meer aansluit bij de werkelijkheid dan de normatieve fictie dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht is toegepast.

⁶³ Zie paragraaf 4.3.2.2(c).

de appelrechter het conflictenrecht als gevolg van het appelprocesrecht en in het bijzonder het grievenstelsel slechts mag toepassen als de vraag naar het toepasselijke recht in hoger beroep is ontsloten.⁶⁴ Ligt in de uitspraak van de rechtbank derhalve een kenbare conflictenrechtelijke beslissing besloten en is er geen conflictregel van openbare orde in het geding, dan gelden de volgende vier hoofdregels voor zowel het principaal als het incidenteel appel:⁶⁵

1. De appelrechter mag de conflictenrechtelijke beslissingen van de rechtbank niet tegen het licht houden als daartegen geen grief is gericht,⁶⁶ tenzij geïntimeerde in appel aanvoert dat een andere conflictregel en/of een ander recht moet worden toegepast en dat verweer van belang is voor de beoordeling van de grieven.⁶⁷
2. Heeft geïntimeerde in appel geen conflictenrechtelijke verweren aangevoerd, maar heeft hij in eerste aanleg wel de toepasselijkheid van een ander recht bepleit dan de rechtbank uiteindelijk heeft toegepast, dan mag het hof die stellingen ook bij voorrang behandelen voor zover zij door gegrondbevinding van een grief alsnog relevant zouden worden en geïntimeerde die stellingen in appel niet heeft prijs gegeven.⁶⁸
3. Heeft het hof de conflictenrechtelijke standpunten van geïntimeerde uit eerste aanleg niet bij voorrang behandeld en is het conflictenrechtelijke debat evenmin geopend door de grieven of een (nieuw) verweer in appel, dan wordt dat debat in beginsel weer geopend zodra een grief slaagt, mits de geïntimeerde zijn stellingen uit eerste aanleg niet heeft prijs gegeven.⁶⁹

⁶⁴ Zie paragraaf 4.3.2.1 voor een bespreking op hoofdlijnen van het appelprocesrecht en het grievenstelsel.

⁶⁵ Zie hoofdregel 2-5 als opgesomd in paragraaf 4.3.2.2(d).

⁶⁶ Zie hieromtrent paragraaf 4.3.2.2(a)(1) en paragraaf 4.3.2.2(a)(2), waar ik ook inzichtelijk heb gemaakt dat een grief tegen alleen de rechtsaanwijzing (en niet tegen de toegepaste conflictregel als zodanig) gezien de enge werking van het grievenstelsel kan meebrengen dat de appelrechter moet voortborduren op de door de rechtbank toegepaste conflictregel. Tegelijkertijd heb ik mij daarover kritisch uitgelaten en verdedigd dat in dit soort gevallen een ruimhartige uitleg van de grief geïndiceerd is, zodat in een aanval op de rechtsaanwijzing ook een aanval op de toegepaste conflictregel moet worden gelezen.

⁶⁷ Zie paragraaf 4.3.2.2(a)(3).

⁶⁸ Zie paragraaf 4.3.2.2(a)(4).

⁶⁹ Zie eveneens paragraaf 4.3.2.2(a)(4), waar ik ook inzichtelijk heb gemaakt dat het daardoor kan gebeuren dat bij de beoordeling van de grief een ander recht wordt toegepast dan uiteindelijk wordt toegepast ter beslechting van het geschil.

4. Is het conflictenrechtelijke debat in appel niet geopend en heeft geïntimeerde in eerste aanleg evenmin de toepasselijkheid van een ander recht bepleit, dan moet de appelrechter zich onthouden van een conflictenrechtelijk onderzoek en het door de rechtbank toegepaste recht toepassen.⁷⁰

Als men evenwel meent dat het conflictenrecht bij de rechtbanken op grond van artikel 10:2 BW ambtshalve en los van het partijdebat moet worden toegepast om zeker te stellen dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht wordt toegepast – omdat indachtig het Savigniaanse gedachtegoed en met inachtneming van het doel van het conflictenrecht alleen dan daadwerkelijk recht kan worden gedaan – dan rijst de vraag waarom dat voor appelprocedures anders zou moeten zijn als appel in essentie niet meer is dan een tweede feitelijke instantie.⁷¹ Die vraag is des te prangender omdat het gezien de wijze waarop het conflictenrecht in appel nu wordt behandeld kan gebeuren dat fouten van de rechtbank niet worden hersteld, met als gevolg dat het door ons conflictenrecht aangewezen recht niet wordt toegepast. Daardoor bestaat het risico dat er rechten worden ontnomen of plichten worden opgelegd die partijen wel respectievelijk niet zouden hebben gehad op grond van het door ons conflictenrecht aangewezen recht. Om vervolgens te bewerkstelligen dat laatstgenoemd recht zoveel mogelijk wordt toegepast zou men het conflictenrecht buiten het grievensstelsel kunnen plaatsen en de hoven kunnen verplichten het conflictenrecht te allen tijde ambtshalve toe te passen. Zo komt er voor het conflictenrecht als het ware telkens een volledige nieuwe (tweede) ronde. Het doet er dan niet meer toe of de eerdere uitspraak wel of geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat, of er wel of niet is gegriefd tegen de gehanteerde conflictregel dan wel het gehanteerde recht, of geïntimeerde in appel of in eerste aanleg de toepasselijkheid van een andere conflictregel of een ander recht heeft bepleit, of de conflictregel processueel van openbare orde is, etc.⁷² De door mij voorgestane proeve van een alternatieve gedachte betekent tegelijkertijd dat de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel eenvoudiger wordt en zij vergroot de kans dat in de laatste feitelijke instantie daadwerkelijk het door ons conflictenrecht aangewezen recht wordt toegepast, hetgeen de rechtszekerheid en de rechtsbescherming ten goede komt.⁷³

⁷⁰ Zie paragraaf 4.3.2.2(a)(5).

⁷¹ Zie paragraaf 4.3.2.3.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

Gezien de positionering van de Hoge Raad – waar in beginsel alleen de merites van de bestreden uitspraak en niet de merites van de zaak zelf ter discussie staan – is het verklaarbaar dat de Hoge Raad het conflictenrecht, behoudens wanneer hij het conflictenrecht ambtshalve toepast om een klacht te verwerpen, alleen toepast als er wordt geklaagd over de onjuiste toepassing van een conflictregel of het niet toepassen van de juiste conflictregel(s), hetgeen ook geldt als er een conflictregel van openbare orde in het geding is. Wel moet de Hoge Raad het conflictenrecht ambtshalve toepassen als hij de zaak casseert – ongeacht op welke grond – en hij haar vervolgens zelf afdoet.⁷⁴ Buiten voornoemde specifieke gevallen heeft het conflictenrecht in procedures bij de Hoge Raad derhalve grotendeels een facultatief karakter.

Uit het voorgaande blijkt derhalve dat waar de rechtbanken het conflictenrecht ambtshalve moeten aanwenden, de toepassing van het conflictenrecht in appel en cassatie vandaag de dag grotendeels afhankelijk is van de wil van partijen, aangezien partijen grotendeels zelf in de hand hebben of het conflictenrecht in appel en cassatie wel of niet wordt toegepast. Daarbij meen ik dat men in geen geval van partijen mag verlangen dat zij moeten stellen dat, en in welke zin, het verschil maakt welk recht wordt toegepast. Een conflictenrechtelijke belangeneis in het proces of een processuele belangeneis in het conflictenrecht verwerp ik derhalve.⁷⁵

In alle instanties wordt vreemd recht beschouwd als recht, waarop het adagium *ius curia novit* ook van toepassing is. Vreemde rechtsregels worden derhalve gezien als rechtsgronden die in voorkomende gevallen ambtshalve moeten worden aangevuld. Dat uitgangspunt ligt sinds 1 januari 2012 wettelijk verankerd in artikel 10:2 BW. Partijen hoeven de inhoud van het toepasselijke vreemde recht derhalve te stellen noch te bewijzen.⁷⁶ Ofschoon dit uitgangspunt van tijd tot tijd onder druk staat en nu en dan de gedachte ingang lijkt te vinden dat partijen wel een zekere stel- en informeringsplicht zouden (moeten) hebben ten aanzien van het vreemde recht,⁷⁷ is het vooralsnog nog immer aan de rechter om de inhoud en werking van het vreemde recht vast te stellen. Daarbij moet de rechter ervoor waken dat hij geen verrassingsbeslissing wijst,⁷⁸ terwijl de

⁷⁴ Zie paragraaf 4.3.3.

⁷⁵ Zie paragraaf 5.3.

⁷⁶ Zie paragraaf 4.4.

⁷⁷ Zie paragraaf 4.4.3, paragraaf 4.5 en voetnoot 167 bij hoofdstuk 5.

⁷⁸ Zie paragraaf 4.5, waar ik ben ingegaan op de vraag hoe verrassingsbeslissingen kunnen worden voorkomen, hoe het vreemde recht kan worden vastgesteld en hoe een rechter moet omgaan met de partijstandpunten over (de uitleg van) vreemd recht.

interpretatie van het vreemde recht moet geschieden naar de opvattingen en methoden die in het betreffende land worden gehanteerd. Oftewel, de Nederlandse rechter moet het vreemde recht op dezelfde wijze toepassen als zijn buitenlandse ambtsgenoot. Dit geldt voor zowel de rechter in eerste aanleg als in appel,⁷⁹ met dien verstande dat hij daarbij ook de hulp van partijen en derden kan inschakelen.⁸⁰ Als de inhoud van het vreemde recht onverhoopt niet binnen een redelijke termijn kan worden vastgesteld, moet de *lex fori* worden toegepast, tenzij de rechtsfiguur die onderwerp is van debat niet voorkomt in het forale recht of de *lex fori* tot uiterst onbevredigende uitkomsten leidt, in welk geval bijvoorbeeld een beroep kan worden gedaan op een aanverwant rechtstelsel.⁸¹ In het licht van het voorgaande kan derhalve worden gesteld dat het vreemde recht in een gerechtelijke procedure wordt behandeld op een wijze die het midden houdt tussen feit en recht. Dat geldt te meer nu in cassatie niet kan worden geklaagd over de onjuiste toepassing van het vreemde recht. In cassatie kan de wijze waarop het vreemde recht eerder is uitgelegd en toegepast namelijk enkel worden aangevallen met motiveringsklachten, mits die motiveringsklachten kunnen worden beoordeeld zonder daarbij het oordeel van de lagere rechter omtrent de inhoud en uitleg van het vreemde recht te betrekken.⁸² Aldus hebben partijen in feite niet langer een volwaardige derde instantie als er vreemd recht van toepassing is. Waar in eerste aanleg en appel vreemd recht formeel net zo wordt behandeld als Nederlands recht is dat in cassatie derhalve niet het geval. Dat valt evenwel lastig te rijmen met de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan artikel 10:2 BW en het doel van het conflictenrecht. Bovendien kleven er een aantal bezwaren aan voornoemde marginale toetsingsmogelijkheid en de ongelijke behandeling van het vreemde en het Nederlandse recht in cassatie. Ik pleit dan ook voor een conformiteitscontrole, waarbij de Hoge Raad kan controleren of de uitspraak van de lagere rechter in lijn is met de wetsuitleg en wetstoepassing in het thuisland van het betrokken vreemde recht.⁸³ Daarnaast meen ik dat in cassatie moet kunnen worden geklaagd dat de lagere rechter (evident) heeft verzuimd ter zake van zijn plicht om de rechtsgronden van buitenlands recht ambtshalve aan te vullen.⁸⁴

⁷⁹ Zie paragraaf 4.4.1 respectievelijk paragraaf 4.4.2.

⁸⁰ Zie paragraaf 4.5.

⁸¹ Zie paragraaf 4.6, waar ik ook heb uiteengezet hoe in kort geding moet worden omgegaan met vreemd recht.

⁸² Zie paragraaf 4.4.3.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

Daar waar de overheidsrechter gebonden is aan het Nederlandse conflictenrecht, geldt dat niet voor de arbiter. In arbitrale procedures verliest het conflictenrecht in beginsel namelijk zijn verplichtende c.q. dwingende karakter wanneer arbiters het toepasselijke recht ten aanzien van het materiële geschil moeten vaststellen. De arbiters zijn dan immers niet verplicht om het Nederlandse conflictenrecht toe te passen. Sterker nog, arbiters mogen ingevolge artikel 1054 lid 2 Rv in beginsel los van elk conflictenrecht rechtstreeks het toepasselijke recht bepalen.⁸⁵ Hebben partijen een rechtskeuze gemaakt, dan zijn arbiters daaraan ingevolge voornoemd artikel in beginsel gebonden.⁸⁶ Ook kunnen partijen het scheidsgerecht opdragen om een bepaald conflictenrecht of een bepaalde conflictregel toe te passen.⁸⁷ Het voorgaande lijdt enkel dan uitzondering als de kwestie die aan arbiters is voorgelegd wordt bestreken door een conflictregel die voor de Nederlandse rechter processueel van openbare orde is. Op die conflictregels moet in arbitrage namelijk ook acht worden geslagen.⁸⁸ Dit los van het partijdebat en desnoods met een voorbijgaan aan de partijafspraken. Maar buiten dit geval zijn arbiters niet gebonden aan de regels van het conflictenrecht die gelden voor de Nederlandse rechter, zodat in arbitrage een (niet-statelijk) recht kan worden toegepast dat door de rechter niet zou (kunnen) zijn toegepast. Het kan voor de uitkomst van het geschil derhalve uitmaken of de zaak wordt voorgelegd aan de rechter of de arbiter.⁸⁹ Daar komt bij dat arbiters in tegenstelling tot de rechter in beginsel niet verplicht zijn om de inhoud en werking van het door partijen gekozen of anderszins aangewezen recht ambtshalve vast te stellen of de rechtsgronden aan te vullen,⁹⁰ al kunnen zij dat wel.⁹¹ Door te kiezen voor arbitrage worden partijen derhalve geconfronteerd met een conflictenrechtelijk regime dat bij de Nederlandse overheidsrechter op dit moment onbekend is. Dat is te billijken omdat de grondslag van arbitrage niet wordt gevonden in de wet maar in een arbitrageovereenkomst en aldus in de wil van partijen.⁹²

De hiervoor beschreven conflictenrechtelijke vrijheid geldt niet wanneer arbiters het recht moeten vaststellen dat van toepassing is op de objectie-

⁸⁵ Zie paragraaf 5.4.3 en paragraaf 6.7.3.

⁸⁶ Zie paragraaf 5.4.3 en paragraaf 6.7.2, waar ik nader ben ingegaan op de rechtskeuze.

⁸⁷ Zie paragraaf 6.7.3.

⁸⁸ Zie paragraaf 6.7.4.

⁸⁹ Zie paragraaf 6.7.4.

⁹⁰ Dat is slechts anders als er recht van openbare orde in het geding is.

⁹¹ Zie paragraaf 6.5.3 en paragraaf 6.9.

⁹² Zie paragraaf 6.7.4 en paragraaf 6.9.

ve arbitrabiliteit,⁹³ de subjectieve arbitrabiliteit,⁹⁴ de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst⁹⁵ en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst,⁹⁶ aangezien arbiters ten aanzien van deze kwesties hetzelfde recht moeten toepassen als de rechter zou aanwenden.⁹⁷ Wel kunnen partijen een rechtskeuze maken voor het materiële recht dat op de arbitrageovereenkomst van toepassing is, maar die keuze is niet doorslaggevend. De arbitrageovereenkomst is namelijk materieel afdwingbaar als zij bestaat en materieel geldig is naar (1) het recht dat partijen daarop van toepassing hebben verklaard, (2) het recht van de plaats van arbitrage of (3) het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst ziet, ongeacht of zij ongeldig is naar één van de andere genoemde rechtsstelsels.⁹⁸ Bij de beoordeling van de objectieve en de subjectieve arbitrabiliteit alsmede de formele en materiele geldigheid van de arbitrageovereenkomst zijn arbiters vervolgens verplicht om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.⁹⁹ Waar bij deze vraagstukken voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage bovendien met een behoorlijke mate van zekerheid kan worden ingeschat welk recht daarop zal worden toegepast, is dat niet het geval voor wat betreft het materiële geschil. Bij gebreke van een rechtskeuze kan het voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage namelijk mistig zijn welk recht zal worden toegepast en hoe het toepasselijke recht moet worden vastgesteld. Dat gaat ten koste gaat van de voorspelbaarheid, de doelmatigheid, de rechtszekerheid en het rechtvaardigheidsgehalte van arbitrale vonnissen.¹⁰⁰ Ik ben er daarom een voorstander van dat, behoudens wanneer partijen een andersluidende afspraak hebben gemaakt, wordt vastgelegd dat het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze moet worden bepaald met behulp van het nauwste verbondenheidscriterium. Het Nederlandse conflictenrecht kan dan worden toegepast indien voornoemd criterium geen soelaas biedt.¹⁰¹

⁹³ Zie paragraaf 6.2, waar ik inzichtelijk heb gemaakt in welke vier situaties het leerstuk van de objectieve arbitrabiliteit een rol kan spelen en naar welk recht de arbitrabiliteit telkens moet worden beoordeeld.

⁹⁴ Zie paragraaf 6.3 voor het recht dat van toepassing is op de subjectieve arbitrabiliteit (oftewel de bekwaam- en bevoegdheid van partijen om de arbitrageovereenkomst aan te gaan).

⁹⁵ Zie paragraaf 6.5.3.1, waar ik heb uiteengezet welk recht van toepassing is op de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

⁹⁶ Zie paragraaf 6.5.3.2.

⁹⁷ Zie paragraaf 6.4.2.

⁹⁸ Zie paragraaf 6.5.3.2, waar ik heb uiteengezet welk recht van toepassing is op het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

⁹⁹ Zie paragraaf 6.4.2 en paragraaf 6.4.4.

¹⁰⁰ Zie paragraaf 6.7.3.

¹⁰¹ Zie paragraaf 6.7.3, paragraaf 6.7.5 en paragraaf 6.9.

Als partijen aan het conflictenrecht zijn verplichtende c.q. dwingende karakter kunnen ontnemen door te kiezen voor arbitrage, rijst de vraag waarom het conflictenrecht voor procedures bij de rechtbanken dan geen facultatief karakter zou kunnen hebben.¹⁰² Voor kwesties die niet ter vrije dispositie van partijen staan, is het antwoord eenvoudig. In die gevallen moet het recht, inclusief het conflictenrecht, immers onverkort en ongeacht de proceshouding (de wil) van partijen worden toegepast, zodat ten aanzien van die kwesties geen plaats is voor een facultatief conflictenrecht.¹⁰³ Voor kwesties die daarentegen wel ter vrije dispositie van partijen staan is een facultatief conflictenrecht wel mogelijk, met dien verstande dat de grenzen van een facultatief conflictenrecht worden bereikt als (i) alle aanknopingspunten naar één en dezelfde vreemde staat verwijzen, (ii) er (functionele) verwijzingsregels in het geding zijn die de zwakker geachte partij een zekere bescherming trachten te verschaffen of (iii) buitenlandse voorrangsregels tot toepassing nopen.¹⁰⁴ Een facultatief conflictenrecht heeft als voordeel dat partijen – als de kwestie die hen verdeeld houdt tot hun vrije dispositie staat en geen van voornoemde uitzonderingen zicht voordoet – te allen tijde zelf in de hand hebben of vreemd recht wordt toegepast of niet, dus ongeacht of het conflictenrecht een (processuele) rechtskeuze voor het voorliggende geval toestaat. Doet geen der partijen namelijk een beroep op vreemd recht, dan kan de rechter in het geval van een facultatief conflictenrecht eenvoudigweg de *lex fori* toepassen.¹⁰⁵ Dat scheelt een hoop gedoe en procedures verlopen sneller.¹⁰⁶ Verder verkleint de toepassing van de *lex fori* de kans op ongelukken en kan tegen een verkeerde toepassing van de *lex fori* wel onverkort beroep in cassatie worden ingesteld.¹⁰⁷ De proceseconomie en de rechtsbedeling zijn derhalve gebaat bij een facultatief conflictenrecht,¹⁰⁸ zonder dat een facultatief conflictenrecht afbreuk hoeft te doen aan het uitgangspunt dat vreemd recht ook recht is.¹⁰⁹ Het facultatief conflictenrecht is wat dat betreft derhalve een interessante optie. Nadeel van een facultatief conflictenrecht is evenwel dat partijen kunnen worden gecon-

¹⁰² Zie paragraaf 5.4.3, waar ook is uiteengezet dat arbitrage slechts mogelijk is ten aanzien van kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan.

¹⁰³ Zie paragraaf 5.4.3.

¹⁰⁴ Zie paragraaf 5.4.3 en paragraaf 5.4.4.

¹⁰⁵ Zie paragraaf 5.4 en paragraaf 5.4.5, waar ik heb uiteengezet wat de gevolgen zijn van een facultatief conflictenrecht voor een gerechtelijke procedure en waar bleek dat partijen bij een facultatief conflictenrecht te allen tijde de toepassing van het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht kunnen afdwingen door de vraag naar het toepasselijke recht te ontsluiten.

¹⁰⁶ Zie ook paragraaf 5.4.6.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ Zie paragraaf 5.4.8.

¹⁰⁹ Zie paragraaf 5.4.7.

fronteerd met de *lex fori* in gevallen waarin zij de conflictenrechtelijke aspecten van de voorliggende kwestie niet hebben onderkend waardoor zou kunnen worden betoogd dat het doel van het conflictenrecht wordt ondermijnd als het door ons conflictenrecht aangewezen recht niet wordt toegepast. Wat dat betreft past een ambtshalve conflictenrecht in theorie beter. Tegelijkertijd moet evenwel worden geconcludeerd dat het doel van het conflictenrecht vandaag de dag ook al wordt ondermijnd – bijvoorbeeld wanneer een rechtskeuze wordt verondersteld zonder dat zeker is gesteld dat partijen het conflictenrechtelijke speelveld daadwerkelijk hebben onderkend¹¹⁰ – en dat een ambtshalve conflictenrecht vandaag de dag reeds onder druk staat ten faveure van een *lex fori* benadering.¹¹¹ Daar komt bij dat de processuele behandeling van het conflictenrecht bij de rechtbanken na de invoering van een facultatief conflictenrecht nauwer aansluit bij de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel en cassatie, waar het conflictenrecht reeds een facultatief karakter heeft. Als er geen conflictregel van openbare orde in het geding is, is het derhalve nog maar een kleine stap om het primaat aan de partijwil te geven, opdat partijen bij rechtbankprocedures ten aanzien van het conflictenrecht (net als voor de meeste andere privaatrechtelijke regels) merendeels zelf in de hand hebben of de eigenlijke toepasselijke conflictregel wordt toegepast of niet. Wil men evenwel niet tornen aan artikel 10:2 BW en de huidige methode waarin een ambtshalve behandeling van het conflictenrecht bij de rechtbanken voorop staat, dan pleit ik ervoor om de processuele behandeling van het conflictenrecht in appel conform de door mij eerder verwoorde proeve van een alternatieve gedachte te stroomlijnen met de processuele behandeling van het conflictenrecht in eerste aanleg om te bewerkstelligen dat het conflictenrecht in de beide feitelijke instanties ambtshalve en aldus gelijk wordt behandeld. De huidige divergentie van methoden kan vanuit het conflictenrecht en zijn grondslagen namelijk niet worden verklaard.

¹¹⁰ Zie paragraaf 5.4.7 en paragraaf 5.4.8.

¹¹¹ Zie paragraaf 5.4.5.

CONCLUSION AND SUMMARY

In the previous chapters, I examined the foundations of the conflict of laws and how the conflict of laws and foreign law are dealt with in court and arbitral proceedings. Below, I will summarise my findings and present my conclusions.

Since ancient times the question of which law should be applied in cross-border cases has been grappled with. The Romans created the *ius gentium*, a complex of (private law rules) that based on natural law would apply to all nations, and that could be applied if persons other than Romans were involved in a matter.¹ The idea of *ius gentium* was not continued however after the fall of the Roman Empire. Instead, the application of for example the *lex fori* or the application of the best and most useful law was defended.² In Western Europe from the fourteenth century, however, due to the writings of the commentators in general and Bartolus in particular the statutist doctrine made its entrance, under which the territorial scope of application of the substantive rule of law had to be determined from the rule of law itself, depending on the subject and purport of the rule.³ Later in the seventeenth century d'Argentré subsequently elevated the distinction between *statuta realia*, *statuta mixta* and *statuta personalia* to the main distinction.⁴ If a rule of law belonged to the class of the *statuta realia* or *statuta mixta* the relevant rule only worked on the territory of the legislature that had issued the relevant rule.⁵ In other words, such rules only had territorial effect. By contrast, a rule of law that belonged to the class of the *statuta personalia* had extraterritorial effect and would also have effect outside the borders of the state that had issued it.⁶ The problem of the unilateral method was that it was not always easy to determine whether a rule belonged to the *statuta realia*, *statuta mixta* or *statuta personalia*, if only because rules often refer both to matters and to persons. Jurisprudence has therefore thoroughly debated the question of whether a statute should be classified as real, mixed or personal, and a rule could very regularly be accommodated in several classes, depending on where one placed the emphasis. In practice that meant that the most diverse solutions could be defended without a solution

¹ See section 2.3.1.

² *Idem.*

³ See section 2.3.2.

⁴ See section 2.3.3.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

being put aside as erroneous.⁷ Furthermore, the unilateral method of the statisticians meant in practice that states had to tolerate interference on their sovereignty as far as the *statuta personalia* were concerned, since these rules had extraterritorial effect and followed the person abroad.⁸

The legal scholars of the Dutch school however had trouble with the distinction that the Italian and French legal scholars made between the territorial application of the *statuta realia* and the *statuta mixta* on the one hand and the extraterritorial operation of the *statuta personalia* on the other hand. According to Paulus Voet, his son Johannes Voet and Ulrik Huber – whose thoughts typify the Dutch school⁹ – the authority of a state did not extend beyond its state borders. Therefore, no rule could have extraterritorial effect by itself.¹⁰ Nevertheless, neither father and son Voet nor Huber wanted to hold onto the sovereignty principle because it would undermine international legal matters too much. The Voets and Huber were consequently looking for a basis to combine their theory of sovereignty with the needs of their time. They found said basis in the *comitas*.¹¹ However, the Voets and Huber would view that concept differently. For father and son Voet the concept meant that states, as a courtesy, tolerated the operation of foreign law within their borders.¹² No state could therefore enforce a right on what one permitted *ex comitate*.¹³ One state might allow the application of a foreign law on its territory, whilst another state did not. However, it did not end here for father and son Voet. They also wanted to combine state freedom with the obligation of courts to apply rules that designated cases where foreign law had to be applied. These rules could have been issued by the state, be recognised by it, agreed on by treaty with other states or ensue from a custom that had to be observed as a treaty obligation. If a rule therefore prescribed the application of foreign law, the court was required to apply the foreign law thus designated.¹⁴ On the other hand, the *comitas* of Huber included a legal obligation under international law, which was based on mutual effect and that followed from a tacit agreement between states, under which rights were to be respected everywhere unless the acquired right was in breach of the “*Macht of het Recht des anders in zijn bedrijf*”.¹⁵

⁷ See section 2.3.5.

⁸ See section 2.3.7.3.

⁹ See section 2.3.7.

¹⁰ See section 2.3.7.3.

¹¹ *Idem*.

¹² See section 2.3.7.3 and section 2.3.7.3(b).

¹³ See section 2.3.7.3(b).

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ See section 2.3.7.3(a).

Of all European legal scholars Huber is the most quoted in the Anglo-American legal literature and from the middle of the eighteenth century he was also regularly cited in Anglo-American case law.¹⁶ Remarkably enough it has gone unnoticed that Huber assumed a legal obligation to apply foreign law, at least to acknowledge acquired rights in an applicable case. Instead, in England and the United States it was generally assumed that the application of foreign law was based on the goodwill of one state towards the other state. Thus the principle of sovereignty fully applied for the Anglo-Americans. In principle, according to the Anglo-Americans each state therefore could decide for itself whether foreign law had to be applied.¹⁷ This idea has since then never really been a point of discussion in the above countries.¹⁸

In Western Europe the principle of sovereignty was likewise not disputed until halfway through the nineteenth century. Until then it was widely assumed that the conflict of laws had its basis in the national domain. That also applied for Foelix and Von Wächter for example. According to Foelix, a law or judgment had no effect in a foreign state on its own merits. The express or tacit consent of the foreign state was required.¹⁹ Von Wächter in turn believed that the legislature – except for some internationally accepted rules that followed from treaties or customary international law – could decide for itself when which foreign law had to be applied. If the positive law provided a rule with regard to the law to be applied, then that rule and the law designated by that rule had to be applied. If such a rule was missing then the court had to derive from the *Geist* and *Sinn* of its substantive law in the light of the matter at hand whether the own law had pretence of validity or whether a foreign rule should be applied. However, if it could not be derived from the substantive law with sufficient clarity whether the national or foreign rule had to be applied, then the *lex fori* should be applied, because the court must apply the law of the state of which it is a body.²⁰

The sovereignty principle however was dismissed by Von Savigny halfway through the nineteenth century. According to him, the basis of private international law is not found in the national domain, but in the international domain and has therefore a supranational basis (where he

¹⁶ See section 2.4.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ See section 2.4 and section 3.4.

¹⁹ See section 2.6.2.

²⁰ See section 2.6.3.

was in agreement with Huber).²¹ More specifically, Von Savigny believed that the basis of conflict of laws lies in the common will of the peoples living with one another. Von Savigny's requirement that the conflict of laws solutions must meet the requirements made by the people living with each other was inspired by Christian morality on the one hand and by the actual advantage that it resulted in on the other hand.²² It did not matter to Von Savigny which court would be applied to because the same conflict of laws would (should) apply everywhere and each court, therefore, should apply the same law. Von Savigny thus advocated a universal conflict of laws.²³

After Von Savigny's eighth volume of his "*System des heutigen römischen Rechts*" was published in 1849, in which he put the above thoughts into words, a period commenced in jurisprudence in which the predominant idea was that the basis of private international law could be found in the international domain.²⁴ It was generally argued that the question which law had to be applied in a particular case should be answered on the basis of rules that were accepted or were to be accepted everywhere, so that each conflict of laws, wherever it might arise, could be settled on the basis of an identical set of conflict rules for each state.²⁵

The thought that the basis of private international law could be found in the international domain rapidly lost support from the end of the nineteenth century and was eventually (again) surpassed by the idea that the basis of private international law must be found in the national domain and thus that states are sovereign with regard to the conflict of law rules.²⁶ States can therefore decide which law must be applied. The choice of law is however only correct if the outcome of the choice is considered appropriate. Each time (bodies of) states must therefore implement conflict of law rules that result in the application of the law leading to an acceptable outcome for international legal matters. Anything else is at the expense of a balanced legal system. Therefore, it can also be argued that states should not structurally exclude the application of foreign law by disregarding what is acceptable for international legal matters.²⁷ What is acceptable for international legal matters however is relative and de-

²¹ See section 2.7.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ See section 2.8, where Mancini's ideas are discussed and section 3.2.2, where the International Law Movement is discussed.

²⁵ See section 3.2.3.

²⁶ See section 3.3, where the Realistic Movement is discussed.

²⁷ See section 3.3.3 and section 3.5.3.2(b).

depends on the states concerned,²⁸ all of which have their own legal culture.²⁹ A global harmonisation of conflict of laws is consequently practically unattainable.³⁰ It is even questionable whether a universal conflict of laws will ever be realised.³¹ That is without prejudice to the fact that there are conflict rules that are based on a supranational source. That is the case if the relevant conflict rule ensues from treaties,³² Community law³³ or possibly customary international law.³⁴ States bound by the aforementioned regulations are no longer free to design the conflict of law rules at their own discretion, for a matter that is covered by one of the above regulations.³⁵ Furthermore, the content and operation of the (national) conflict of laws may be affected by fundamental principles of EU law,³⁶ the EU Charter,³⁷ human rights conventions³⁸ and investment treaties,³⁹ which provide a framework for how the states to which those regulations apply must act.⁴⁰ Thus it can be posited that public international law – that reflects the common will of peoples living with one another – influences the conflict of laws,⁴¹ while states have a conflict of laws to regulate international legal matters.⁴² If a conflict rule is absent for the relevant case, then the court should apply the law that must be considered the most appropriate in the light of the circumstances of the case.

Despite the fact that nowadays it can be asserted with the necessary reservations and exceptions that private international law has its foundation in the national domain, the Savignian choice-of-law model has reasonably endured the test of time and this model is still the basis for European private international law.⁴³ Von Savigny's question was what law should

²⁸ *Idem.*

²⁹ See section 3.6

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² See section 3.5.3.1(a).

³³ See section 3.5.3.1(b).

³⁴ See section 3.5.3.2.(b) where I have raised the question whether conflict of law rules could have a basis in customary international law.

³⁵ See section 3.7.

³⁶ See section 3.5.3.1(b), where I have explained this based on CJEU case law.

³⁷ See also section 3.5.3.1(b).

³⁸ See section 3.5.3.1(c), where based on ECHR case law I have made it clear that complaints can be submitted to the ECHR that conflict rules are contrary to the European Convention on Human Rights and that the Convention in that context creates a framework where conflict of laws rules have to comply with.

³⁹ See section 3.5.3.1(d).

⁴⁰ See section 3.5.3.1(e) and section 3.7.

⁴¹ See section 3.7.

⁴² See section 3.5.2.

⁴³ See sections 2.7 and 2.9.

be applied to the legal relationship in view of its nature and his method was aimed at locating the seat of an international legal relationship and not on defining the international scope of application of substantive law.⁴⁴ With the help of a connecting factor the most appropriate law could be connected to any legal relationship. Von Savigny did however ignore the will of parties and he did not recognise party autonomy in the modern sense of the word. Von Savigny also ignored that it is not always possible to easily incorporate legal relationships in one legal system and it is a transgression against Von Savigny's spirit to answer the different legal questions that may arise in the context of one and the same legal relationship based on different laws.⁴⁵ The biggest drawback of the classic Savignian multilateral method is however its indirect, neutral and abstract character, as a result of which it can happen that the applicable law cannot be considered to be the most appropriate law because the outcome of the dispute cannot be considered appropriate.⁴⁶ In the course of the twentieth century it was therefore argued that Von Savigny's blindfold should be discarded. That also partly happened. For example, modern conflict rules include substantive law principles and values.⁴⁷ In addition, the modern conflict rules are more flexible and our conflict of laws provides for a number of corrective possibilities.⁴⁸ Therefore it can also be argued that the modern conflict rule is more than just a value-neutral conflict rule with a mere "*Ordnungsfunktion*". The abovementioned development among others took place under the influence of the American conflict of laws revolution,⁴⁹ which thus contributed to the European compromise between value free connecting factors and a focussed weighing of interests.⁵⁰

Under the influence of Von Savigny's choice-of-law method the thought prevailed in the Netherlands that all legal systems are equal and interchangeable and that all are equally eligible for application.⁵¹ That is the normative departure point that forms the basis for our conflict of laws today. If the applicable conflict rule refers to foreign law then that law is

⁴⁴ See section 2.7.

⁴⁵ See section 2.9.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ See section 2.7 and section 3.4.10.

⁴⁸ See section 2.7.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ See section 3.4.10.

⁵¹ See section 2.7, section 3.6 and section 4.1.

to be applied as a departure point with a disregard for the *lex fori*,⁵² assuming an obligation with respect to those involved in international legal matters to apply the law prescribed by the relevant choice-of-law rule, whether that is foreign or Dutch law.⁵³

The object of the modern conflict of laws is to make sure that the interests of those involved in international legal matters are being honoured. The conflict of laws therefore supports the enforceability of rights and obligations, taking into account the interests of all those involved in private international law matters in the most efficient and just way possible.⁵⁴

Having regard to the object of conflict of laws, the normative departure point that, in principle, all legal systems are equally eligible for application and given the fact that it is assumed to be an obligation vis-à-vis the persons involved in international legal matters to apply that law that is designated by our conflict of laws, one would be inclined to think that the court and the arbiter at all times will (must) apply the conflict of laws and the thereby designated law.⁵⁵ However, nothing could be further from the truth.

In case of district court proceedings pursuant to Section 2 of Book 10 of the Dutch Civil Code, judges must apply the conflict of laws *ex officio*, even if the question of the applicable law is not one of the points of dispute of the parties.⁵⁶ The judge is therefore obliged to apply the conflict of laws at all times independently and separately from the party debate. The conflict of laws in proceedings before the District Court therefore does not belong to that part of the law where parties themselves can determine whether they wish to see it applied or not.⁵⁷ Thus, it must be concluded that the conflict of laws in the case of district court proceedings is dealt with in the same way as mandatory rules of public policy and that it can therefore be considered to be a type of supermandatory law.⁵⁸ For that reason, it is not relevant for district court proceedings

⁵² See section 3.6, where I have made it clear that also the law of a country with a different cultural background and other values must in principle be applied, which principle is contested by Ten Wolde (see section 3.3.2.10).

⁵³ See section 4.1.

⁵⁴ See section 3.5.2.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ See section 4.3.1.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ See section 4.2, where I have explained that there is directory law, mandatory law and mandatory rules of public policy (supermandatory law) and I have also explained why this distinction is important.

whether or not the conflict of laws are in fact mandatory rules of public policy.

Although it is irrelevant for district court proceedings whether a conflict rule is a public policy rule, this does matter for appeal proceedings. If a conflict rule could be assumed to be a mandatory rule of public policy, then the relevant rule must be applied at all times within the scope of the appeal, but if necessary outside the debate relating to the grounds for appeal.⁵⁹ In other words, within the scope of the appeal the Court of Appeal should apply a conflict rule of public policy *ex officio*.

The question therefore is when a conflict rule qualifies as a public policy rule. That is firstly the case in proceedings concerning rights and obligations that viewed from a substantive law point of view based on the *lex fori* are removed from the party disposition. In these matters the court must apply the law directly, including the conflict of laws, *ex officio* in full and regardless of the procedural attitude adopted by parties.⁶⁰ On the other hand, with regard to issues that are at the free disposition of parties that is secondly the case if the relevant conflict rule does not just have a neutral and abstract "*Ordnungsfunktion*", because (i) the conflict rule not only serves the party interest, but also endeavours to protect other interests or (ii) the conflict rule primarily serves the party interest, but in view of certain social principles this interest must be deemed of such fundamental weight that ensuring that interest by the court is advocated.⁶¹

In addition, the Court of Appeal is obliged to apply the conflict of laws *ex officio* if the district court ruling contains no explicit conflict of law choice and it cannot be derived from that ruling which law has been applied. Then it must be assumed that the law designated pursuant to our conflict of laws was applied, on which fiction the Court of Appeal should proceed.⁶² That entails that the Court of Appeal, regardless of the parties' position, will have to apply the law designated by our conflict of laws if that is necessary for the assessment of the grounds for appeal or, after a ground for appeal is successfully decided on, is necessary in determining the eventual operative part of the decision in appeal. To ensure that the

⁵⁹ See section 4.3.2.2(e), and see also section 4.3.2.1(g) as well as section 4.3.2.1(h) on the public policy and the scope of the appeal.

⁶⁰ See section 4.3.2.2(e).

⁶¹ *Idem*.

⁶² See section 4.3.2.2(c), where I have also argued that the premise that a court has applied the *lex fori* if the judgment contains no express or implied evident conflict of laws decision is probably more in line with reality than the normative fiction that the law designated by our conflict of laws is applied.

Court of Appeal will actually also apply the law designated by our conflict of laws, it will have to apply the conflict of laws rules in these cases *ex officio*.⁶³

Except in the above two cases, for the rest the conflict of laws in appeal has an optional (facultative) character – regardless of whether a national, a supranational or a Community conflict rule has pretence of validity – and the rule of Section 2 of Book 10 of the Dutch Civil Code that the court must apply the conflict of laws *ex officio* does not apply in appeal since the Court of Appeal may only apply conflict of laws if the issue of the applicable law is opened in appeal.⁶⁴ If an evident conflict of laws decision is therefore implied in the judgment of the District Court and no conflict rule of public policy is at stake, then the following four main rules apply for both the principal and the interim appeal:⁶⁵

1. The Court of Appeal may not verify the conflict of laws decision(s) of the District Court if no ground for appeal is put forward against them,⁶⁶ unless the respondent in the appeal proceedings puts forward in appeal that another conflict rule and/or another law must be applied than applied by the District Court and this defence is relevant for the determination of the grounds for appeal.⁶⁷
2. If the respondent in appeal has not put forward any conflict of laws defence in appeal but has argued before the District Court the applicability of a different law than ultimately applied by the District Court, then the Court of Appeal may also decide on these assertions as a matter of priority insofar as they would become relevant if a ground for appeal is upheld and the respondent has not abandoned these assertions in appeal.⁶⁸

⁶³ See section 4.3.2.2(c).

⁶⁴ See section 4.3.2.1 for a discussion of the main features of appeal procedural law and the grievance system.

⁶⁵ See main rule 2-5 as summarised in section 4.3.2.2(d).

⁶⁶ See in this respect section 4.3.2.2(a)(1) and section 4.3.2.2(a)(2), where I have also made clear that a ground for appeal merely against the determination of the applicable law but not against the conflict rule applied as such can entail that the Court of Appeal has to apply the conflict rule applied by the District Court. At the same time, I have been critical about this and defended that a generous interpretation of the ground for appeal is required in these cases, so that disputing the determination of the applicable law must also be read as a dispute of the applied conflict rule.

⁶⁷ See section 4.3.2.2(a)(3).

⁶⁸ See section 4.3.2.2(a)(4).

3. If the Court of Appeal has not handled the conflict of laws assertions argued before the District Court by the respondent in appeal with priority and the conflict of laws debate is not opened by the grounds for appeal or a (new) defence in appeal, then that debate in principle is reopened once a ground for appeal is successful, provided that the respondent in appeal has not abandoned his assertions argued before the District Court.⁶⁹
4. If a conflict of laws debate is not opened in appeal and the respondent in appeal has not argued the applicability of another law in first instance, then the Court of Appeal must refrain from a conflict of laws examination and apply the law as applied by the District Court.⁷⁰

If one considers that the conflict of laws should be applied by the District Courts on the basis of Section 2 of Book 10 of the Dutch Civil Code *ex officio* and separately from the party debate to ensure that the law designated by our conflict of laws is applied – because only then can justice actually be done bearing in mind the Savignian legacy and taking into account the object of the conflict of laws – then the question arises as to why this would be any different in appeal proceedings if appeal in essence is nothing more than a second factual instance.⁷¹ That question is all the more pressing because in view of how the conflict of laws in appeal is handled now it may occur that errors of the District Court are not rectified, with the result that the law designated by our conflict of laws is not applied. As a result, there is a risk that rights are denied or obligations are imposed that the parties would or would not have had under the law designated by our conflict of laws. To subsequently ensure that the latter law is applied as much as possible, one would have to place the conflict of laws outside the grounds for appeal system and oblige the Courts of Appeal to apply the conflict of laws on their own initiative at all times. For the conflict of laws there is, as a consequence, a complete new (second) round each time. It does therefore not matter anymore whether the judgment from the District Court contains a conflict of laws decision or not, whether or not the conflict rule used or the law applied was appealed against, or whether the respondent in appeal argued the applicability of another conflict rule or another law in appeal or in first instance,

⁶⁹ See also section 4.3.2.2(a)(4), where I have also made clear that consequently another law could be applied in assessing the ground for appeal than ultimately will be applied in the settlement of the dispute.

⁷⁰ See section 4.3.2.2(a)(5).

⁷¹ See section 4.3.2.3.

or if the conflict rule is a public policy rule, etc.⁷² The test of an alternative thought that I advocate also means that the procedural handling of the conflict of laws in appeal is simpler and increases the likelihood that in the last factual instance the law designated by our conflict of laws is actually applied, which benefits legal certainty and legal protection.⁷³

Having regard to the positioning of the Supreme Court – where, in principle, only the merits of the contested decision and not the merits of the case itself are discussed – it is understandable that the Supreme Court only applies conflict of laws rules if there is a complaint about incorrect application of a conflict rule or failure to apply the correct conflict rule. There are however two exceptions to this rule. First, the Supreme Court must apply the conflict of laws *ex officio* if it quashes the contested decision – regardless on what ground – and then resolves the case.⁷⁴ Secondly, the Supreme Court may apply the conflict of laws *ex officio* to dismiss a complaint. Aside from these two specific cases, the conflict of laws however has a facultatieve character in proceedings before the Supreme Court.

From the above it is apparent therefore that where the District Courts have to apply the conflict of laws *ex officio*, the application of the conflict of laws in appeal and cassation nowadays largely depends on the will of the parties, since the parties themselves can mostly decide whether or not conflict of law rules are applied in appeal and cassation. In no case it may however be expected of the parties that they should posit that, and in what sense it makes a difference which law is applied. I therefore dismiss a conflict of laws interest requirement in the proceedings or a procedural interest requirement in the conflict of laws.⁷⁵

In all instances, foreign law is considered as law to which the maxim *ius curia novit* also applies. Foreign rules of law are therefore seen as legal grounds that should be complemented, where appropriate, *ex officio*. That departure point has been legally enshrined in Section 2 of Book 10 of the Dutch Civil Code since 1 January 2012. Parties therefore do not have to assert nor prove the content of the applicable foreign law.⁷⁶ Although this departure point is under pressure from time to time and now and again the idea seems to arise that parties have an obligation to furnish infor-

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ See section 4.3.3.

⁷⁵ See section 5.3.

⁷⁶ See section 4.4.

mation in respect of the foreign law,⁷⁷ for the time being it is still up to the court to establish the content and operation of the foreign law. In doing so, the court must ensure that it does not render a surprise decision,⁷⁸ while the interpretation of foreign law must be made according to the views and methods of the country concerned. In other words, the Dutch court must apply the foreign law in the same way as its foreign counterpart would. This applies both to the District Court as well as the Court of Appeal,⁷⁹ it being understood that a court may also engage the help of the parties and independent experts.⁸⁰ If the content of foreign law cannot be established within a reasonable time the *lex fori* must be applied unless the legal concept that is the subject of the debate is not known in the *lex fori* or the *lex fori* would lead to a very unsatisfactory outcome of the dispute at hand, in which case one could for example apply a legal system closely related to the actually applicable legal system.⁸¹ In the light of the foregoing it can therefore be posited that the foreign law in legal proceedings is dealt with in a manner that is halfway between fact and law. This applies even more since the incorrect application of the foreign law cannot be complained about in cassation. In cassation, the way in which the foreign law was interpreted and applied by the lower courts can only be contested with appeals on insufficient reasoning, provided these appeals on insufficient can be assessed without examining the decision of the lower court on the content and interpretation of the foreign law.⁸² Thus, in fact, if foreign law applies parties no longer have a fully-fledged third instance. In first instance and appeal, formally foreign law is treated just as Dutch law but that is thus not the case in cassation. That however is difficult to reconcile with the underlying principles of Section 2 of Book 10 of the Dutch Civil Code and the object of the conflict of laws. In addition, there are a number of objections to the aforementioned marginal assessment possibility and the unequal treatment of the foreign and Dutch law in cassation. I argue therefore for a conformity control, in which the Supreme Court can verify whether the ruling of the lower court is in line with the interpretation of the law and application of the law in the home country of the foreign law in question.⁸³ In addition, I

⁷⁷ See section 4.4.3, section 4.5 and footnote 167 to Chapter 5.

⁷⁸ See section 4.5, where I have addressed the issue of how surprise decisions can be prevented, how the foreign law can be established and how a court should deal with the party views on (the interpretation of) foreign law.

⁷⁹ See section 4.4.1 respectively section 4.4.2.

⁸⁰ See section 4.5.

⁸¹ See section 4.6, where I have also set out how to deal with foreign law in summary proceedings.

⁸² See section 4.4.3.

⁸³ *Idem*.

believe that it must be possible to complain in cassation that the lower court has (evidently) failed in respect of its duty to apply the foreign law *ex officio*.⁸⁴

Although the courts are bound by the Dutch conflict of law rules, the same cannot be said for the arbitrator. In arbitral proceedings, the conflict of laws rules in principle lose their mandatory or binding nature when arbitrators have to establish the applicable law in respect of the substantive dispute as the arbitrators are not required to apply Dutch conflict of laws rules. What is more, pursuant to Section 1054(2) of the Dutch Code of Civil Procedure arbitrators may directly determine the applicable law regardless of any conflict of laws rules.⁸⁵ If the parties have made a choice of law then in principle pursuant to the aforementioned article, the arbitrators would be bound by the choice of law.⁸⁶ In addition, the parties can instruct the tribunal to apply a certain conflict of laws or conflict rule.⁸⁷ There is however an exception to the foregoing if the issue referred to arbitration is covered by a conflict rule that for the Dutch court is a public policy rule: such conflict rule must also be considered in arbitration.⁸⁸ If necessary, separate from the party debate and, if necessary, disregarding party agreements. But aside from this, arbitrators are not bound by the rules of conflict of laws that apply to the Dutch courts, so that in arbitration a (non-state) law can be applied that a Dutch court cannot apply. It may matter for the outcome of the dispute therefore whether the case is presented to the court or an arbitrator.⁸⁹ In addition, in contrast to the court, arbitrators are not required in principle to ascertain the content and operation of the law chosen by the parties or otherwise designated, or to supplement the legal grounds,⁹⁰ although they may do so.⁹¹ By choosing arbitration, parties are therefore faced with a conflict of laws regime that the Dutch courts are not familiar with at this time. That can be justified only because the basis of arbitration is not found in the law but in an arbitration agreement and thus in the will of parties.⁹²

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ See section 5.4.3 and section 6.7.3.

⁸⁶ See section 5.4.3 and section 6.7.2, where I have further discussed the choice of law by the parties.

⁸⁷ See section 6.7.3.

⁸⁸ See section 6.7.4.

⁸⁹ See section 6.7.4.

⁹⁰ This is only different if law of public policy is at stake.

⁹¹ See section 6.5.3 and section 6.9.

⁹² See section 6.7.3, section 6.7.4 and section 6.9.

The conflict of laws freedom described here above does not apply if arbitrators have to establish the law that applies to the objective arbitrability,⁹³ the subjective arbitrability,⁹⁴ the formal validity of the arbitration agreement⁹⁵ and the substantive validity of the arbitration agreement,⁹⁶ since arbitrators should, simply put, apply the same law on these issues that the court would use.⁹⁷ Parties can make a choice of law for the substantive law applicable to the arbitration agreement, but that choice is not decisive. The arbitration agreement is substantively enforceable if it exists and is substantively valid according to (1) the law that the parties have declared applicable to that agreement, (2) the law of the place of arbitration, or (3) the law applicable to the legal relationship to which the arbitration agreement refers, regardless of whether it is invalid according to one of the other legal systems mentioned.⁹⁸ In the assessment of the objective and the subjective arbitrability as well as the formal and substantive validity of the arbitration agreement, arbitrators are required to complement the legal grounds *ex officio*.⁹⁹ Whereas it can be estimated with a fair degree of certainty which law will be applied for these issues prior to and at the beginning of the arbitration that is not the case as regards the substantive dispute. In the absence of a choice of law by the parties prior to and at the beginning of the arbitration it may be unclear as to which law will be applied and how the applicable law should be determined. This is to the detriment of the predictability, efficiency, legal certainty and the perceived justice of arbitral awards.¹⁰⁰ I am therefore in favour - unless parties have made a different agreement - that it should be established that in the absence of a choice of law the applicable law should be determined by the closest connection criterion. The Dutch conflict of laws can then be applied if the aforementioned criterion offers no solace.¹⁰¹

If parties can remove the obligatory or mandatory nature of the conflict of laws rules by choosing arbitration, the question arises as to why the

⁹³ See section 6.2, where I have made clear in which four situations the doctrine of objective arbitrability can play a role and under which law the arbitrability should be assessed each time.

⁹⁴ See section 6.3 for the law that is applicable to the subjective arbitrability (the competence and authority of parties to enter into the arbitration agreement).

⁹⁵ See section 6.5.3.1, where I have set out the law applicable to the formal validity of the arbitration agreement.

⁹⁶ See section 6.5.3.2.

⁹⁷ See section 6.4.2.

⁹⁸ See section 6.5.3.2, where I have set out the law applicable to the existence and substantive validity of the arbitration agreement.

⁹⁹ See section 6.4.2 and section 6.4.4.

¹⁰⁰ See section 6.7.3.

¹⁰¹ See section 6.7.5 and section 6.9.

conflict of laws for proceedings before the courts might not have a facultative character.¹⁰² For issues that are not at the free disposition of parties, the answer is simple. In those cases, the law, including the conflict of laws, must after all be applied regardless of the parties' adopted course of action during the proceedings, so that there is no place for a facultative conflict of laws with regard to these issues.¹⁰³ On the other hand, for issues at the free disposition of parties a facultative conflict of laws is possible, subject to the provision that the limits of an optional conflict of laws are reached if (i) all connecting factors refer to one and the same foreign state, (ii) there are (functional) conflict of laws rules at stake that endeavour to provide protection to the party seen to be the weaker party, or (iii) international mandatory rules of a foreign country should be applied.¹⁰⁴ A facultative conflict of laws has the advantage that parties – if the issue that divides them is at their free disposition and none of the aforementioned exceptions occurs – at all times have in their own hands whether or not foreign law is applied, regardless of whether the conflict of laws allows a (procedural) choice of law for the case in question. If neither party invokes foreign law, in the case of a facultative conflict of laws the court simply applies the *lex fori*.¹⁰⁵ That saves a lot of hassle and proceedings move faster.¹⁰⁶ The application of the *lex fori* further reduces the risk of accidents and full appeal in cassation can be made against incorrect application of the *lex fori*.¹⁰⁷ The judicial efficiency and the administration of justice are therefore benefited by a facultative conflict of laws¹⁰⁸ without a facultative conflict of laws prejudicing the principle that foreign law is also law.¹⁰⁹ The facultative conflict of laws is therefore an interesting option. The disadvantage of a facultative conflict of laws is however that parties could encounter the *lex fori* in cases where they have not identified the conflict of law aspects of the matter in question, as a consequence whereof it could be argued that the object of the conflict of laws is undermined if the law designated by our conflict of laws is not applied. In this regard, an *ex officio* conflict of laws system is more fitting in theory.

¹⁰² See section 5.4.3, where it is also explained that arbitration is only possible with regard to issues at the free disposition of parties.

¹⁰³ See section 5.4.3.

¹⁰⁴ See section 5.4.3 and section 5.4.4.

¹⁰⁵ See section 5.4 and section 5.4.5, where I have set out the consequences of a facultative conflict of laws for legal proceedings and where it was apparent that parties in case of a facultative conflict of laws can at all times enforce the application of the applicable conflict of laws rule and the law designated by said rule by simply opening the debate as to the applicable law.

¹⁰⁶ See also section 5.4.6.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ See section 5.4.8.

¹⁰⁹ See section 5.4.7.

At the same time, it must however be concluded that the object of the conflict of laws nowadays is already undermined – for example, where a choice of law is assumed without it being ascertained that parties have actually recognised the conflict of laws playing field¹¹⁰ – and that an *ex officio* conflict of laws system nowadays is already under pressure in favour of a *lex fori* approach.¹¹¹ In addition, the procedural handling of conflict of laws in the District Courts after the introduction of a facultative conflict of laws is more in line with the procedural handling of the conflict of laws in appeal and cassation where the conflict of laws mostly has a facultative character. If there is no public policy rule on conflict of laws at stake, it is therefore only a small step to allow parties to district court proceedings in respect of the conflict of laws (as for most other private law rules) to decide whether the actual applicable conflict rule will be applied or not. However, if there is a desire to not question Section 2 of Book 10 of the Dutch Civil Code and the current method in which an *ex officio* handling of conflict of laws in the district courts is paramount, then I argue for the procedural handling of conflict of laws in appeal in accordance with the test of an alternative thought that I set forth earlier to ensure that the conflict of laws is dealt with in both actual instances *ex officio* and therefore equally. The current divergence of methods simply cannot be explained from the conflict of laws and its foundations.

¹¹⁰ See section 5.4.7 and section 5.4.8.

¹¹¹ See section 5.4.5.

LITERATUURLIJST

Van der Aa

A.J. van der Aa, *Biographisch woordenboek, bevattende levensbeschrijvingen van zoodanige personen, die zich op eenigerlei wijze in ons vaderland hebben vermaard gemaakt*, Haarlem: J.J. van Brederode 1852-1878 (deel 1-21)

Ahsmann

M.J.A.M. Ashmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011

Alberti

C.P. Alberti, 'Tura novit curia in international commercial arbitration', in : S. Kröll e.a. (red.), *International Arbitration and International Commercial Law : Synergy, Convergence and Evolution*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International 2011, p. 3-32

Ancel

J-P Ancel, 'L'invocation d'un droit étranger et le controle de la Cour de Cassation', in: *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: Liber amicorum Hélène Gaudement-Tallon*, Parijs: Dalloz 2008, p. 3-10

Ancery 2012

A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012

Van Apeldoorn

L.J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1955

Arfazadeh

H. Arfazadeh, 'Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited', *Arbitration International* 2001, p. 73-87

d'Argentré

B. d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines antiquissimi ducatus Britanniae*, Anverpiae: Apud Petrum Bellerum 1604

Arroyo

M. Arroyo, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013

Asser 1880-I

T.M.C. Asser, 'Droit international privé et droit uniforme', *Revue de droit international et de législation comparée* 1880, p. 1-18.

Asser 1880-II

T.M.C. Asser, *Schets van het internationaal privaatrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1880

Asser 2008

W.D.H. Asser, 'Cassatie in civiele zaken (Nederlands recht)', in: *Preadviezen over De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 183-230

Asser 2011

W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

Asser 2014

W.D.H. Asser, 'Deconstructie van grievensstelsel/devolutieve werking: Een appel aan Hoge Raad en hoven', *TCR* 2014/4, p. 101-102

Asser cassatie/Korthals Altes & Groen 2015

E. Korthals Altes & H.A. Groen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, procesrecht, cassatie*, Deventer: Kluwer 2015

Asser/Hartkamp 3-I 2011*

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vermogensrecht algemeen, Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011

Asser hoger beroep/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2012

F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, procesrecht, hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012

Asser/Kramer & Verhagen 10-III

X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, internationaal privaatrecht, deel III, Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Asser, Groen & Vranken

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans: Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Asser/Vonken 10-I

A.P.M.J. Vonken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, internationaal privaatrecht, deel I, Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2013

Asser/Vonken 10-II

A.P.M.J. Vonken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, internationaal privaatrecht, deel II, Internationaal personen-familie- en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2012

Bach & Gruber

I. Bach & U.P. Gruber, 'Austria and Germany', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 101-117

Von Bar 1862

L. von Bar, *Das international Privat- und Strafrecht*, Hannover: Hahn'sche Hofbuchhandlung 1862

Von Bar 1892

L. von Bar, *The theory and practice of private international law* (translated by G.R. Gillespie), Edinburgh: William Green & Sons Law Publishers 1892

Barents & Brinkhorst

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2012

Basedow

J. Basedow, 'European conflict of laws under the Treaty of Amsterdam', in: P.J. Borchers & J. Zekoll (red.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc. 2001, p. 175-192

Baxter

W.F. Baxter, 'Choice of Law and the Federal System', *Stanford Law Review* 1963, p. 1-42

Beale

J.H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York: Baker, Voorhis & Co 1935

Bělohlávek

A.J. Bělohlávek, 'The law applicable to the arbitration agreement and the arbitrability of a dispute', *Yearbook on international arbitration* 2013, p. 27-57

Van den Berg, Van Delden & Snijders

A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wil-link 1992

Van den Berg 1981

A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (diss. Rotterdam), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1981

Van den Berg 1987

A.J. van den Berg, 'Internationale arbitrage in Nederland en arbitrage buiten Nederland', *TvA* 1987/5, p. 121-128

Van den Berg 1997

A.J. van den Berg, 'Internationale Arbitrage in Nederland onder de huidige arbitragewet', *TvA* 1997, 1

Van den Berg 2007

G.C.J.J. van den Berg, *Geleerd recht, een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogel-vlucht*, Deventer: Kluwer 2007

Van den Berg 2012

A.J. van den Berg, 'When is an Arbitration Agreement in Writing Valid under Article II(2) of the New York Convention of 1958?', in: *Piet Sanders: Een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 325-331

Berman 2005-I

H.J. Berman, 'Is Conflict-of Laws Becoming Passe? An Historical Response', in: H.E. Rasmussen-Bonne e.a. (red), *Balancing of Interests, Liber Amicorum Peter Hay zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH 2005, p. 43-48

Berman 2005-II

P.F. Berman, 'Conflict of laws, globalization, and cosmopolitan pluralism', *The Wayne Law Review* 2005, p. 1105-1145

Bermann 2011

G.A. Bermann, 'The Origin and Operation of Mandatory Rules', in: G.A. Bermann & L.A. Mistelis (red.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Huntington: JurisNet, LLC 2011, p. 1-27

Bertrams & Kruisinga

R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Kluwer 2014

Bervoets

Th.M. Bervoets, 'Rechtskeuze: Een rechtstheoretisch onderzoek van het beginsel der rechtskeuze', in: *Partij-invloed in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1974, p. 31-45

Bleckmann

A. Bleckmann, *Die völkerrechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 1992

Blessing 1996

M. Blessing, 'Arbitrability of Intellectual Property Disputes', *Arbitration International* 1996, p. 191-221

Blessing 1999

M. Blessing, *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG 1999

Boele-Woelki 1996

K. Boele-Woelki, 'De toepassing van een surrogaatrecht', in: G.E. Schmidt & J.A. Freedburg-Swartzburg (red.), *Het NIPR geannoteerd, annotaties opgedragen aan dr. Mathilde Sumampouw*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1996, p. 3-12

De Boer 1974

Th.M. De Boer, 'Subjectieve verwijzing: anomalie of grondbeginsel?', in: *Partij-invloed in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1974, p. 47-72

De Boer 1976

Th.M. De Boer, 'Een dreigend faillissement: het tekort van het internationaal privaatrecht', WPNR (5348) 1976, p. 285-191

De Boer 1980

Th.M. De Boer, 'De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht: Ontwikkelingen in de jaren zeventig', *NJB* 1980, p. 785-796

De Boer 1987

Th.M. De Boer, *Beyond the lex loci delicti, conflicts methodology and multistate torts in American case law* (diss. Amsterdam UvA), Norwel: Kluwer Law and Taxation Publishers 1987

De Boer 1993

Th.M. de Boer, *De wisselwerking tussen materieel recht en conflictenrecht*, Deventer: Kluwer 1993

De Boer 1996-I

Th.M. de Boer: "Een zoo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening": *Vragen rond de bestaansgrond van het internationaal privaatrecht*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, afd. Letterkunde 1996

De Boer 1996-II

Th.M. de Boer, 'Facultative choice of law, the procedural status of choice-of-law rules and foreign law', *Recueil des cours* (257) 1996, p. 223-428

De Boer 1999

Th.M. De Boer, 'Facultative choice of law in extrajudicial proceedings', in: J.F. Gerkens e.d. (red.), *Mélanges Fritz Sturm* (2e deel), Luik: Editions Juridiques de l'Université de Liège 1999, p. 1409-1424

De Boer 2001

Th.M. de Boer, 'Prospects for European conflicts law in the twenty-first century', in: P.J. Borchers & J. Zekoll (red.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc. 2001, p. 193-213

De Boer 2003

Th.M. de Boer, 'Internationale arbitrage en fundamenteel recht', *AA* 2003, 52

De Boer 2004

Th.M. de Boer, 'De fictie van een neutraal conflictenrecht', in: R. Kotting, J.A. Pontier en L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori, symposium ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. Th.M. de Boer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 199-259

De Boer 2010

Th.M. De Boer, 'Living Apart Together: The Relationship between Public and Private International Law', in: *Netherlands International Law Review*, themanummer "One hundred years of the Netherlands Society of International Law (1910-2010)", Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 2010, p. 183-207

De Boer 2012

Th.M. de Boer, 'And the winner is...? Hoe het afliep met de grondslagenstrijd in het IPR', in: A.A.H van Hoek e.a. (red.), *Offerhauskring vijftig jaar: Jubileumbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus' (1962-2012)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 35-44

Bogdan 2011

M. Bogdan, 'Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law', *Recueil des Cours* 2011, p. 9-252

Boonk 2005

H. Boonk, 'Ambtshalve toepassing van het IPR en processuele rechtskeuze' *NIPR* 2005, p. 20-29.

Born 2014

G.B.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014

Bossuyt & Wouters

M. Bossuyt & J. Wouters, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen: Intersentia 2005

Van Brakel 1953

S. van Brakel, *Grondslagen en Beginselen van Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1953

Brekoulakis 2009-I

S.L. Brekoulakis, 'Arbitrability – Persisting Misconceptions & New Areas of Concern', in: L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis (red.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 20-45

Brekoulakis 2009-II

S.L. Brekoulakis, 'Law applicable to arbitrability: Revisiting the revisited *lex fori*', in: L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis (red.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 99-119

Brekoulakis 2011

S.L. Brekoulakis, 'Arbitrability and conflict of jurisdictions', in: F. Ferrari & S. Kröll, *Conflict of Laws in International Arbitration*, München: Sellier european law publishers GmbH 2011, p. 117-135

Briggs 2014

A. Briggs, *Private International Law in English Courts*, Oxford: Oxford University Press 2014

Brilmayer

L. Brilmayer, 'The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules', *Recueil des Cours* 1995, p. 9-112

Brinz

A. von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, eerste band, Erlangen: Verlag von Andreas Deichert, 1857

Bühler & Webster

M.W. Bühler & T.H. Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, Londen: Sweet & Maxwell 2008

Buzbee

A.G. Buzbee, 'When Arbitrable Claims are Mixed with Nonarbitrable Ones: What's A Court to Do?', *South Texas Law Review* 1998, p. 663-706

Buxbaum

H.L. Buxbaum, 'Mandatory Rules in Civil Litigation: Status of the Doctrine Post-Globalization', in: G.A. Bermann & L.A. Mistelis (red.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Huntington: JurisNet, LLC 2011, p. 31-52

Camilleri & Borg

T.S. Camilleri & K.A. Borg, 'Malta', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 265-273

Carbonneau 1998

T.E. Carbonneau (red.), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion on the New Law Merchant*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 1998

Cavers 1966

D.F. Cavers, *The Choice-of-Law Process*, Michigan: Ann Arbor, The University of Michigan Press 1966

Cavers 1970

D.F. Cavers, 'Contemporary conflicts law in American perspective', *Recueil des Cours* 1970, p. 75-308

Cavers 1985

D.F. Cavers, *The Choice of Law, Selected Essays 1933-1983*, Durham: Duke University Press 1985

Cheshire, North & Fawcett

J.J. Fawcett, J.M. Carruthers & P. North, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008

Cleveringa

R.P. Cleveringa, *Artikel 517 W.v.K.*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1947

Collins

L. Collins, 'Comity in modern private international law', in: J. Fawcett (red.), *Reform and development of private international law, essays in honour of Sir Peter North*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 89-110

Cook 1942

W.W. Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Cambridge: Harvard University Press 1942

Clarkson & Hill

C.M.V. Clarkson & J. Hill, *The Conflict of Laws*, Oxford: Oxford University Press 2011

Crawford & Carruthers

E.B. Crawford & J.M. Carruthers, 'United Kingdom', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 391-409

Crommelin

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden: de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007

Cuniberti & Rueda

G. Cuniberti & I. Rueda, 'Luxembourg', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 255-263

Currie

B. Currie, *Selected essays on the conflict of laws*, Durham: Duke University Press 1963

Danielsson

C. Danielsson, 'Applicable law', in: U. Franke e.a. (red.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 137-152

Danov

M. Danov, 'The law governing arbitrability under the Arbitration Act 1996', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2008, p. 536-546.

Deelen 1966

J.E.J.Th. Deelen, 'De blinddoek van Von Savigny, inaugurele rede Katholieke Hogeschool Tilburg', in: *Audienda a Verba: een selectie uit het werk van prof. mr. J.E.J.Th. Deelen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 64-82

Deelen 1980

J.E.J.Th. Deelen, *Vreemd recht. Hoe kom je d'ran? Hoe kom je d'raf?, preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap*, Deventer: Kluwer 1980

Van Delden 1995

R. van Delden, 'Aspects of Private International Law in regard of Arbitration', *TvA* 1995, 1

Literatuurlijst

Van Delden 1996

R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage*, Deventer: Kluwer 1996

De Ly 1989

F. De Ly, *De lex mercatoria: Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht*, Antwerpen: Maklu 1989

De Ly 1992

F. De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam: North Holland 1992

De Ly 2013

F. De Ly, 'Het Wetsvoorstel modernisering van het arbitragerecht en de internationale arbitrage', *TvA* 2013, 38.

De Ly 2014-I

F. De Ly, 'Arbitrage - erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen', *WPNR* 2014 (7003), p. 72-78

De Ly 2014-II

F. De Ly, 'Silver Lining: Zweedse en Nederlandse Perspectieven over Arbitrage en Vennootschapsrechtelijke Besluiten, mede naar aanleiding van "Onderneming en ADR", Klaassen, C.J.M., Van Soling, G, De Mol van Otterloo, H.M. en Ernste P.E. (red.), (Deventer, Kluwer, 2011, 404 p.)', *TvA* 2014, 53

Despagnet & De Boeck

F. Despagnet & Ch. de Boeck, *Précis de droit international privé*, Parijs: L. Arose & Forcel 1909

Dicey 1896

A.V. Dicey, 'A digest of the law of England with reference to the conflict of laws', Londen: Stevens & Sons, Limited 1896

Dicey 1914

A.V. Dicey e.a., *Memories of John Westlake*, londen: Smith, Elder & Co. 1914

Dicey, Morris & Collins

L. Collins, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2012

Di Pietro

D. Di Pietro, 'General remarks on arbitrability under the New York Convention', in: in: L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis (red.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 85-98

Di Pietro & Platte

D. Di Pietro & M. Platte, *Enforcement of international arbitral awards*, Londen: Cameron May 2001

Donahue

C. Donahue, jr., 'Private Law without the State and During its Formation', in: N. Jansen & R. Michaels, *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 121-143

Dubbink 1973

C. Dubbink, 'Het rechtvaardigheidsgehalte van het internationaal privaatrecht', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 63-72

Dutta & Pintens

A. Dutta & W. Pintens, 'The mutual recognition of names in the European Union *de lege ferenda*', *NIPR* 2014, p. 559-562

Ebrahimi

S.N. Ebrahimi, *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*, Twickenham: Athena Press 2005.

Edwards 2007

A.B. Edwards, *The Selective Paulus Voet*, Kaapstad: University of South Africa 2007

Eek

H. Eek, 'Peremptory Norms and Private International Law', *Recueil des Cours* 1972

Van den Eeckhout 2008-I

V. Van den Eeckhout, 'Promoting Human Rights within the Union: the Role of European Private International Law', *European Law Journal* 2008/1, p. 105-127

Van Den Eeckhout 2008-II

V. Van Den Eeckhout, 'Europeanisatie van het ipr: aanleiding tot herleving van discussies over facultatief ipr, of finale doodsteek voor facultatief ipr?', *NIPR* 2008, p. 258-262.

Ehrenzweig 1960

A.A. Ehrenzweig, 'The Lex Fori – Basic Rule in the Conflict of Laws', *Mich. L. Rev.* 1960, p. 637-688

Ehrenzweig 1961

A.A. Ehrenzweig, 'Choice of Law: Current Doctrine and "True Rules"', *Cal. L. Rev.* 1961, p. 240-253

Ehrenzweig 1962

A.A. Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul: West Publishing Co. 1962

Ehrenzweig 1967

A.A. Ehrenzweig, *Private International Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Leiden: A.W. Sijthoff 1967

Ehrenzweig 1968

A.A. Ehrenzweig, 'Specific Principles of Private Transnational Law', *Recueil des Cours* 1968, p. 167-370

Ehrenzweig 1974-I

A.A. Ehrenzweig, 'Choice of Law in California – A "Prestatement"', *UCLA L. Rev.* 1974, p. 781-796

Ehrenzweig 1974-II

A.A. Ehrenzweig, *Conflicts in a nutshell*, St. Paul: West Publishing Co. 1974

Emaus 2015

J.M. Emaus, 'Rechten, beginselen en horizontale directe werking van de grondrechten uit het EU-Handvest', *NTBR* 2015, 10

Emilianides

A.C. Emilianides, 'Cyprus', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 161-172

Engel

C. Engel, 'Austrahlungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht', *RabelsZ* 1989, p. 3-51

Erauw & Fallon

J. Erauw & M. Fallon, *De nieuwe wet op het internationaal privaatrecht: wet van 16 juli 2004*, Mechelen: Wolters Kluwer België 2004

Ervo c.s.

L. Ervo, H. Kosonen, S. Nystén-Haarla, S. Romppanen & O-A Suhonen, 'Scandinavian Countries', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 327-344

Esplugues 2011

C. Esplugues, 'General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 3-94

Eyffinger

A. Eyffinger, *Dreaming the Ideal, Living the Attainable, T.M.C. Asser [1838-1913] Founder of The Hague Tradition*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011

Fauvarque-Cosson 1996

B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Parijs: L.G.D.J. 1996

Fauvarque-Cosson 2000

B. Fauvarque-Cosson, 'Le juge français et le droit étranger', *Recueil Dalloz* 2000, p. 125-134

Fawcett & Carruthers

J. Fawcett & J.M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett on Private International Law*, Oxford: University Press 2008

Felix & Whitten

R.L. Felix & R.U. Whitten, *American Conflicts Law*, Durham: Carolina Academic Press 2011

Fentiman 1998

R. Fentiman, *Foreign law in English courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford: Oxford University Press 1998

Fentiman 2000

R. Fentiman, 'English Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?', in: S.C. Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Londen: Kluwer Law International Ltd 2000, p. 165-190.

Ferrari 2012

F. Ferrari, E-M Kieninger, P. Mankowski, K. Otte, I. Saenger, G. Schülze & A. Staudinger, *Internationales Vertragsrecht: Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ*, München: Verlag C.H. Beck 2012

Ferrari/Staudinger 2012

F. Ferrari, E-M Kieninger, P. Mankowski, K. Otte, I. Saenger, G. Schülze & A. Staudinger, *Internationales Vertragsrecht: Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ*, München: Verlag C.H. Beck 2012

Flessner 1970

A. Flessner, 'Fakultatives Kollisionsrecht', *RabelsZ* 1970, p. 547-584.

Foelix 1843

J.J.G. Foelix, *Traité de droit International privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Parijs: Joubert, Libraire de la Cour de cassation 1843

François

J.P.A. François, *Handboek van het volkenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949

Franx

J.P. Franx, *Het Ontwerp Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 1985

Frohn 1999

E.N. Frohn, 'Toepassing van buitenlands recht door de Nederlandse jurist', in: P. Vlas (red.), *Globalisering van het ipr in de 21^e eeuw*, Deventer: Kluwer 1999, p. 75-86.

Fulli-Lemaire & Rojas Tamayo

S. Fulli-Lemaire & D. Rojas Tamayo, 'France', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 185-199

Gaillard & Savage

E. Gaillard & J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Den Haag: Kluwer Law International 1999

Gamillscheg

F. Gamillscheg, *Der einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin: W. de Gruyter & Co. 1955

Geeroms

S. Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford: Oxford University Press 2004

Geisinger & Voser

E. Geisinger & N. Voser, *International Arbitration in Switzerland: A handbook for Practitioners*, Alpen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013

Goldsmith

W. Goldsmith, 'Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts', in: E. von Caemmerer e.a. (red.), *Festschrift für Martin Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr 1952, p. 203-223

Graveson

R.H. Graveson, *Conflict of Laws: Private International Law*, Londen: Sweet & Maxwell 1974

Literatuurlijst

De Groot

H. de Groot, *De jure belli ac pacis*, Parijs: Nicolas Buon 1625

De Groot 2004

G.R. de Groot, 'Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personenrecht', *WPNR* 2004/6577, p. 360-363

Guthrie

W. Guthrie, *A treatise on the conflict of laws, and the limits in respect of place and time*, Edinburgh: T&T Clark 1880

Gutzwiller 1923

M. Gutzwiller, *Der einflu[s] Savignys auf die Entwicklung des Internationalesprivatrechts*, Freiburg: Kommissionsverlag: Universitäts-Buchhandlung (Gschwend, Tschopp & Co.) 1923

Gutzwiller 1931

M. Gutzwiller, *International Privatrecht*, Berlin: Verlag von Georg Stilke 1931

Gutzwiller 1977

M. Gutzwiller, *Geschichte des Internationalprivatrechts, Von den Anfängen bis zu den großen Privatrechtskodifikationen*, Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag 1977

Haak 1975

W.E. Haak, 'préadvies internationaal overeenkomstenrecht', *NVIR* 1975

Haferkamp

H.P. Haferkamp, 'The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany', in: N. Jansen & R. Michaels, *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 245-267

Hamaker 1878

H.J. Hamaker, *Aard en doel van het internationaal privaatrecht* (oratie Utrecht), Leiden: Gebroeders van der Hoek 1878

Hamaker 1883

H.J. Hamaker, *Redevoering over Hugo de Groot voor het Provinciaal Utrechtsch Genootschap voor Kunsten en Wetenschap*, 1883.

Handbook ICCA

ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: A handbook for judges 2011

Hanotiau 1996

B. Hanotiau, 'What Law Governs the Issue of Arbitrability?', *Arbitration International* 1996, p. 391-403

Hardenberg

L. Hardenberg, 'De Nederlandse advocaat en internationale arbitrage: welk procesrecht?', *TvA* 1999/1, p. 2-7

Hammerstein 2014

A. Hammerstein, 'Appelrechters kunnen van elkaar leren', *TCR* 2014/3, p. 71-75

Hartenstein

O. Hartenstein, *Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungsklangs*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 2000

Hartkamp 2008

A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden', *WPNR* 2008 (6779), p. 977-981.

Hartkamp 2012

A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, Deventer: Kluwer 2012

Hartley 1996

T.C. Hartley, 'Pleading and proof of foreign law: the major European systems compared', *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 271-292

Hartley 2006

T.C. Hartley, 'The modern approach to private international law: International litigation and transactions from a common-law perspective', *Recueil des Cours* 2006, p. 9-324

Hauser

P. Hauser, *Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012

Hay, Borchers & Symeonides

P. Hay, P.J. Borchers & S.C. Symeonides, *Conflict of Laws*, St. Paul: West 2010

De Heer

J.F. de Heer, 'De techniek van de rechtskeuze nader onderzocht, in het bijzonder de tijdens een rechtsgeding uitgebrachte rechtskeuze volgens artikel 3 EVO (artikel 3 Rome I-Vo)', *NIPR* 2009/2, p. 144-149

Von Hein 2011

J. von Hein, in: G.P. Calliess (red.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011

Van de Hel-Koedoot & Hoebeke

M. van de Hel-Koedoot & B.R.D. Hoebeke, 'De bescherming voor grensoverschrijdende investeerders op grond van bilaterale investeringsverdragen', *O&F* 2013/4, p. 38-47

Heringa e.a.

A.W. Heringa, J. van der Velde, L.F.M. Verhey & W. van der Woude, *Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2012

Hijmans 1937

I.H. Hijmans, *Algemeene problemen van internationaal privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937

Hofmann 1994

R. Hofmann, 'Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law', *Tel Aviv University Studies Law* 1994, p. 145-155

Horbach, Lefeber & Ribbelink

N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink, *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007

Hovens 2005

F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005

Hovens 2007

F.J.H. Hovens, *Civiel appèl*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

Huber

U. Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk*, Leeuwarden: Hero Nauta 1686

Hugenholtz/Heemskerk

W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk & W. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015

Iglesias c.s.

J.L. Iglesias, C. Esplugues, G. Palao, R. Espinosa & C. Azcárraga, 'Spain', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 355-375

ILA Rapport 2008

Final Report Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration of the International Law Association as adopted in Rio de Janeiro Conference (2008)

Irmer

H.B.G. Irmer, *"Comity" Nederlandse invloed op het recht der Verenigde Staten* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Drukkerij Gebr. Janssen, 1948

Jansen & Michaels

N. Jansen & R. Michaels, 'Comparative Perceptions and Historical Observations', in: N. Jansen & R. Michaels, *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 15-67

Jänterä-Jareborg

M. Jänterä-Jareborg, 'Foreign Law in National Courts: A comparative perspective', *Recueil des Cours* 2003, p. 181-386

Jayme 1980

E. Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini: Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, Ebelsbach am Main: Verlag Rolf Gremer 1980

Jayme 1990

E. Jayme, 'Grundgesetz und Neuorientierung des Internationalen Privatrechts', in: E. Jayme, *Internationales Privatrecht: Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2009, p. 305-318

Jayme 2006

E. Jayme, 'Völkerrecht und Internationales Privatrecht – eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung', in: S. Leible & M. Ruffert (red.), *Völkerrecht und IPR*, Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH 2006, p. 23-41

Jennings & Watts

R.Y. Jennings & A.D. Watts, *Oppenheim's international law*, Londen: Longman 1992

Jessurun d'Oliveira 1971

H.U. Jessurun d'Oliveira, *De anti-kiesregel: een paar aspecten van de behandeling van buitenlands recht in het burgerlijk proces* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1971

Jessurun d'Oliveira 1976

H.U. Jessurun d'Oliveira, *De ruïne van een paradigma: de konfliktregel*, Deventer: Kluwer 1976

Jessurun d'Oliveira 2002

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'The EU and a metamorphosis of private international law', in: J. Fawcett (red.), *Reform and development of private international law, essays in honour of Sir Peter North*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 111-136

Josephus Jitta 1913

D. Josephus Jitta, *De invloed van Zuid- en Noord-Nederlandsche rechtsgeleerden op de ontwikkeling van het internationaal privaatrecht*, Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1913

Josephus Jitta 1919

D. Josephus Jitta, *De wederopbouw van het internationale recht op den grondslag van eene rechtsgemeenschap van het menselijk geslacht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1919

Joustra 1997

C.A. Joustra, *De internationale consumentenovereenkomst* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1997

Joustra 2002

C.A. Joustra, 'Naar een communautair internationaal privaatrecht! Recente ontwikkelingen op het terrein van het communautair procesrecht', in: *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2002, p. 1-60

Juenger 1972

F.K. Juenger, 'The German constitutional court and the conflict of laws', *American Journal of Comparative Law* 1972, p. 290-298

Juenger 1982

F.K. Juenger, 'American and European Conflicts Law', *The American Journal of Comparative Law* 1982, p. 117-133

Juenger 1983

F.K. Juenger, 'General course on Private International Law (1983)', *Recueil des Cours* 1985, p. 119-387

Juenger 1984

F.K. Juenger, 'Conflicts of Laws: A Critique of Interest Analysis', *The American Journal of Comparative Law* 1984, p. 1-50

Juenger 1994

F.K. Juenger, 'Private international law or international private law?', heruitgegeven in: F.K. Juenger, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc. 2001, p. 205-222

Juenger 2000

F.K. Juenger, 'The problem with Private International Law', in: J. Basedow & K. Siehr (red.), *Private Law in the International Arena: from national conflict rules towards harmonization and unification*, Liber Amoricum Kurt Siehr, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2000

Juenger 2005

F.K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc. 2005

Kahn

F. Kahn, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München: Verlag von Duncker & Humblot 1928

Van de Kamp

J.L.J. van de Kamp, *Bartolus de Saxoferrato*, Amsterdam: H.J. Paris 1936

Kay

H.H. Kay, 'A defense of Currie's governmental interest analysis', *Recueil des Cours* 1989, p. 9-204

Kaser

M. Kaser, *Ius Gentium*, Köln: Böhlau Verlag 1993

Kegel 1964

G. Kegel, 'The crisis of conflict of laws', *Recueil des Cours* 1964, p. 91-268

Kegel 1989

G. Kegel, 'Story and Savigny', *American Journal of Comparative Law* 1989, p. 39-66

Keller/Siehr

M. Keller & K. Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1986

Kelly

J.M. Kelly, *A short history of western legal theory*, Oxford: Clarendon Press 1992

Kennedy

T.P. Kennedy, 'Ireland', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 231-235

Keus 2010

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2010

Keus 2013

L.A.D. Keus, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht', *TCR* 2013/4, p. 128-134

Kiestra 2011

L.R. Kiestra, 'Article 1 ECHR and private international law', *NIPR* 2011, p. 2-7

Kiestra 2014

L.R. Kiestra, *The impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2014

Kiestra & Pontier

L. R. Kiestra & J. Pontier, 'The role of human rights law in private international law cases in matters related to tort', in: *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2014, p. 61-98

Kinsch 2010

P. Kinsch, 'Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law', in: K. Boele-Woelki e.a. (red.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amoricum Kurt Siehr*, Den Haag: Eleven International Publishing 2010, p. 259-275

Kinsch 2011

P. Kinsch, 'Choice-of-law rules and the prohibition of discrimination under the ECHR', *NIPR* 2011, p. 19-24

Kinsch 2014-I

P. Kinsch, 'Harroudj v. France: Indications from the European Court of Human Rights on the nature of choice of law rules and on their potentially discriminatory effect', *Yearbook of Private International Law* 2013/2014, p.39-44

Kirry

A. Kirry, 'Arbitrability: Current trends in Europe', *Arbitration International* 1996, p. 373-389

Knot 2008

J.G. Knot, *Internationale boedelafwikkeling: Over het toepasselijke recht op de afwikkeling van nalatenschappen* (diss. Groningen), Groningen: Ulrik Huber Instituut 2008

Kollewijn 1917

R.D. Kollewijn, *Het beginsel der openbare orde in het internationaal privaatrecht* (diss. Amsterdam UvA), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1917

Kollewijn 1937

R.D. Kollewijn, *Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het internationaal privaatrecht tot 1880*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandse Uitgeversmij 1937

Kollewijn 1946

R.D. Kollewijn, 'Vreemd recht is recht', in: J.C. van Oven e.a., *Opstellen over hedendaags recht aan prof. mr. J.C. van Oven*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1946, p. 154-170.

Kollewijn 1961

R.D. Kollewijn, *American-Dutch private international law*, New York: Oceana Publications 1961

Koppenol-Laforce 2012

M.E. Koppenol-Laforce, 'Arbiters en rechtskeuze: het handvat van de Draft Hague Principles on Choice of Law', in: *Piet Sanders: Een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 293-298

Koppenol-Laforce 2013

M.E. Koppenol-Laforce, 'Artikel 10:166 BW', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer: Liber Amoricum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 175-188

Koppenol-Laforce 2015

M.E. Koppenol-Laforce, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2015

Kooijmans

P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008

Koskenniemi

M. Koskenniemi, *Nationalism, Universalism, Empire: International law in 1871 and 1919*,

<<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/Columbia%200405.pdf>>

Kosters/Dubbink

J. Kosters en C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*,

Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1962

Kosters 1908

J. Kosters, *Het karakter van het internationaal privaatrecht* (oratie Groningen), Groningen: P.

Noordhoff 1908

Kosters 1912

J. Kosters, *De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht*, Arnhem: S. Gouda

Quint 1912

Kosters 1917

J. Kosters, *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1917

Kotting 1985

R. Kotting, 'Lex fori: zwerfkei of hoeksteen', *NJB* 1985, p. 1345-1346

Kramer 2001

X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief: Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001

Kriebaum

U. Kriebaum, 'Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration', in: P.M. Dupuy, F. Francioni & E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 219-245

Kröll 2007

K-H Böckstiegel, S. Kröll & P. Nacimiento (red.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007

Krüger

H. Krüger, 'Internationalrechtliche Probleme in Saudi-Arabien', *IPRax* 2005, p. 386-389

Kuipers 2012

J.J. Kuipers, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2012

Kunda

I. Kunda, *Internationally mandatory rules of a third country in the European Conflict of Laws, the Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka 2007

Lando 2002

O. Lando, 'On Some Writers on the Conflict of Laws of Contracts', in: J. Fawcett (red.), *Reform and development of private international law, essays in honour of Sir Peter North*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 237-254

Laurent

F. Laurent, *Le droit civil international*, 8e band, Brussel: Bruylant-Christophe 1880-1881

Leemburg

S. Leemburg, *Waarheidsvinding en ambtshalve aanvullen door de civiele rechter*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2013

Leflar 1959

R.A. Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Inc. 1959

Leflar 1966-I

R.A. Leflar, 'Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law', *N.Y.U.L. Rev.* 1966, p. 267-327

Leflar 1966-II

R.A. Leflar, 'Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations', *Cal. L. Rev.* 1966, p. 1584-1598

Leflar 1977

R.A. Leflar, *American Conflicts Law*, Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, Inc. 1977

Leflar, McDougal & Felix

R.A. Leflar, L.L. McDougal III & R.L. Felix, *American Conflicts Law*, Charlottesville: The Michie Company Law Publishers 1986

Lew, Mistelis & Kröll

J.D.M. Lew, L.A. Mistelis & S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag: Kluwer Law International 2003

Lewin 2011

G.C.G. Lewin, 'Ambtshalve toepassing van rechtsregels', *TCR* 2011, nr. 1, p. 12-19

Lindijer

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde: Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006

Lipert

K. Lipert, *Historischer Statutismus und Neostatutismus der USA: Albert A. Ehrenzweig; Brainerd Currie; Robert Leflar; von Mehren/Trautmann; David F. Cavers.*, Zürich: Juris Druck + Verlag 1979

Livermore

S. Livermore, *Dissertations on the Questions which Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations*, New Orleans: Benjamin Levy 1828

Lock 2013

F.J.P. Lock, 'Kroniek hoger beroep', *TCR* 2013/1, p. 28-35

Lock 2014

F.J.P. Lock, 'Ambtshalve toetsing in hoger beroep: Over de omvang van het hoger beroep en het door de grieven ontsloten gebied', *TCR* 2014/3, p. 45-53

Lock 2015

F.J.P. Lock, 'Kroniek hoger beroep', *TCR* 2015/2, p. 18-31

Lokin & Zwalve

J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Deventer: Kluwer 2001

Van Loon 1993

J.H.A. van Loon, 'De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en rechten van de mens', in: *Grensoverschrijdend privaatrecht: Een bundel opstellen over privaatrecht in internationaal verband*, Deventer: Kluwer 1993, p. 135-148

Van Loon 2012

J.H.A. van Loon, 'The Hague Conference on Private International Law: Asser's vision and an evolving mission', *NIPR* 2012, p. 358-361

Van Loon & De Dycker

J.H.A. van Loon & S. De Dycker, 'The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law', in: *One Century Peace Palace, from Past to Present*, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Den Haag: Asser Press 2013, p. 73-119

Looschelders

D. Looschelders, 'Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht', *RabelsZ* 2001, p. 464-491

Lorenzen

E.G. Lorenzen, *Selected articles on the conflict of laws*, New Haven: Yale University Press 1947

Loth 2009

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer 2009

Maiolo 2007

F. Maiolo, *Medieval sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Delft: Eburon 2007

Malanczuk

P. Malanczuk, *Akehurst's modern introduction to international law*, New York: Routledge 1997

Malenica

A. Malenica, *The history of Roman law*, Novi sad: University of Novi Sad 2009

Mancini 1844

P.S. Mancini, 'Esame di un'opera di diritto internazionale pubblicata da Niccola Rocco, e del rapporto fatto dal Protalis sulla stressa all'Accademia delle Scienze morali e politiche di Francia' *Le Ore Solitaire* 1844, p. 10-30

Mancini 1874

P.S. Mancini, 'De l'utilité de rendre obligations pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles', *Clunet* 1874, p. 221-239 en p. 284-304

Mansel 2006

H.P. Mansel, 'Staatlichkeit des Internationalen Privatrechts und Völkerrecht', in: S. Leible & M. Ruffert (red.), *Völkerrecht und IPR*, Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH 2006, p. 89-130

Mansel 2010

H.P. Mansel, 'The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States – With Comments on the Sayn-Wittgenstein Case before the European Court of Justice', in: K. Boele-Woelki e.a. (red.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amoricum Kurt Siehr*, Den Haag: Eleven International Publishing 2010, p. 291-310

Mayer & Heuzé

P. Mayer & V. Heuzé, *Droit international privé*, Parijs: Montchrestien 2007

McClellan & Beevers

D. McClellan & K. Beevers, *The conflict of laws*, Londen: Thomson Reuters (Legal) Limited 2009

McDougal III

L.L. McDougal III, '"Private" International Law: *Ius Gentium* Versus Choice of Law Rules of Approaches', *The American Journal of Comparative Law* 1980, p. 521-537

McLachlan, Shore & Weiniger

C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International investment arbitration: substantive principles*, Oxford: Oxford University Press 2007

Meeusen

J. Meeusen, *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht: Analyse van het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen: Intersentia Uitgevers NV 1997

Meijer & Van Roessel

G.J. Meijer & H.A.M. van Roessel, 'Enige beschouwingen over goeden mannen naar billijkheid', deel I, *TvA* 2010, 12, deel II, *TvA* 2010, 28

Meijer 2011

G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage: Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011

Meijer 2012

G.J. Meijer, 'Art. 1021 Rv: exclusief totstandkomingsvoorschrift?', in: *Piet Sanders: Een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 269-292

Meijer 2013-I

G.J. Meijer, 'De overeenkomst tot arbitrage volgens het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht', *TvA* 2013, 33

Meijer 2013-II

G.J. Meijer, 'International Military Services ...', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer: Liber Amoricum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 221-233

Meijer 2014

G.J. Meijer, *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2014

Meijers 1934

E.M. Meijers, 'L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale', *Recueil des Cours* 1934

Meijers 1955

E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, dl. II: zakenrecht, bewijsrecht en procesrecht, internationaal privaatrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955

Meili

F. Meili, *Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, I. Band, Zürich: Art. Institut Orell Füssli 1902

Von Mehren 1969

A.T. von Mehren, 'Conflict of Laws in a Federal System: Some perspectives', *The International and Comparative Law Quarterly* 1969, p. 681-688

Von Mehren 2002

A.T. von Mehren, 'Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: A comparative study of the doctrine and practices of common-law and civil-law systems (1996)', *Recueil des cours* 2002, p. 9-431

Melchior

G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1932

Michaels 2006

R. Michaels, 'EU law as private international law? Reconceptualising the country-of-origin principle as vested rights theory', *Journal of Private International Law* 2006, p. 195-242

Michaels 2008-I

R. Michaels, 'Public and private international law: German views on global issues', *Journal of Private International Law* 2008, p. 121-138

Michaels 2008-II

R. Michaels, 'The New European Choice-of-Law Revolution', *Tulane Law Review* 2008, p. 1607-1644

Michaels 2009

R. Michaels, 'After the revolution – decline and return of U.S. conflict of laws', *Yearbook of Private International Law* 2009, p.11-30

Mills 2009

A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009

Mills 2012

A. Mills, 'Rediscovering the public dimension of private international law', *NIPR* 2012, p. 371-375.

Mistelis 2009

L.A. Mistelis, 'Arbitrability – International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?', in: L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis (red.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 1-17

Mistelis 2012

L.A. Mistelis, 'The arbitral seat: important features and the relevance of law', *The American Review of International Arbitration* 2012, p. 407-416

Morijn, Pahladsingh & Palm

J. Morijn, A. Pahladsingh & H. Palm, 'Vijf jaar bindend Handvest: Wat heeft het de rechtzoekende geleverd?', *NtER* 2015/4, p. 123-132

Morse

C.G.J. Morse, 'Making English Private International Law', in: J. Fawcett (red.), *Reform and development of private international law, essays in honour of Sir Peter North*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 273-302

Mostermans 1996

P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Mostermans 2004-I

P.M.M. Mostermans, 'Bedenkingen tegen een facultatief conflictenrecht', in: R. Kotting, J.A. Pontier en L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori, symposium ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. Th.M. de Boer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 37-57

Mostermans 2004-II

P.M.M. Mostermans, 'Optional (facultative) choice of law? Reflections from a Dutch perspective', *NILR* 2004, p. 393-410

Murphy

R.P. Murphy, *Foreign Civil Money Judgment Recognition and Enforcement: Historical development in England, Austria and Luxembourg and factors that affect reception of Money judgments from the USA* (diss. Groningen), Groningen: Ulrik Huber Institute for Private International Law 2005

Nacimient

P. Nacimient, 'Article V(1)(a)', in: H. Kronke e.a. (red.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2010, p. 203-229

Nadelmann

K.H. Nadelmann, 'Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law', in: *Ius et Lex: Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1959, p. 263-281

Literatuurlijst

Nasser

S.H. Nasser, *Sources and norms of International Law: A study on soft law*, Berlijn: Galda + Wilch Verlag 2008

Neuhaus 1949

P.H. Neuhaus, 'Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache', *RabelsZ* 1949

Neuhaus 1973

P.H. Neuhaus, 'Emphiehlt sich eine Kodifizierung das internationalen Privatrechts?', *RabelsZ* 1973, p. 453-465

Neuhaus 1978

P.H. Neuhaus, 'Der Beitrag des Völkerrechts zum Internationalen Privatrecht' in: J. Delbrück e.a. (red.), *German Yearbook of International Law 1978*, Berlijn: Duncker & Humblot 1978, p. 60-73

Neumeyer 1916

K. Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, München: Schweitzer 1916

Neumeyer 1923

K. Neumeyer, *Internationales privatrecht*, Berlijn: Verlag von Julius Springer 1923

Neymeyer 1969

K. Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, Berlijn: Schweitzer 1969

Newcombe & Paradell

A. Newcombe & L. Paradell, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009

Niederer

W. Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich: Polygraphischer Verlag AG Zürich 1961

Niemeyer 1895

T. Niemeyer, *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts*, Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot 1895

Niemeyer 1901

Th. Niemeyer, *Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gezeßbuchs*, Berlijn: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung 1901

Nishitani

Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg: Universitätsverlag C. Winter 2000

De Nova 1964

R. de Nova, 'The First American Book on Conflicts of Laws', *The American Journal of Legal History* 1964, p. 136-156.

De Nova 1966

R. De Nova, 'Historical and comparative introduction to conflict of laws', *Recueil des cours* 1966

Nussbaum

A. Nussbaum, *Principles of Private International Law*, New York: Oxford University Press 1943

Nygh

P. Nygh, *Autonomy in international contracts*, Oxford: Clarendon Press 1999

Oosterom-Staples

H. Oosterom-Staples, 'Burgerschap van de Unie: Een vrije keuze voor de achternaam van de eigen kinderen na het arrest Garcia Avello?', *NTER* 2004, nr. 3, p. 57-61

Otto & Elwan

D. Otto & O. Elwan, 'Article V(2)', in: H. Kronke e.a. (red.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2010, p. 345-414

Pamboukis

H. Pamboukis, 'On Arbitrability: the Arbitrator as a Problem Solver', in: L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis (red.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 121-142

Panhuis

H.F. Panhuys, 'De nationale rechter en zijn ontmoetingen met het volkenrecht', in: M. Bos e.a. (red.), *De Conflictu Legum: Bundel opstellen aangeboden aan Roeland Duco Kollewijn & Johannes Offerhaus*, Leiden: A.W. Sijthoff 1962, p. 380-388

Paul 1988

J.R. Paul, 'The isolation of private international law', *Wisconsin International Law Journal* 1988, p. 149-178

Paul 1991

J.R. Paul, 'Comity in international law', *Harvard International Law Journal* 1991, nr. 1, p. 2-79

Paul 2008

J.R. Paul, 'The transformation of international comity', *Law and contemporary problems* 2008, nr. 3, p. 19-38

Peari 2012

S. Peari, 'Choice-of-law in family law: Kant, Savigny and the parties' autonomy principle', *NIPR* 2012, p. 597-604

Pellis 2003

L.Th.L.G. Pellis, 'Ambtshalve toepassing van recht: Daag de wetgever uit nu het nog kan!', *WPNR* 2003 (6357), p. 449-454

Pellis 2005

L.Th.L.G. Pellis, *Internationaal Procesrecht: een dwarsdoorsnede*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005

Pellis 2011

L.Th.L.G. Pellis, '“Times flies like an arrow!” De huidige positie van buitenlands recht in cassatie', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's Conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 337-348

Peters 2014

N. Peters, 'De overeenkomst tot arbitrage: wat zet je er in?' *OPR* 2014/8, p. 16-19

Peterson

C.H. Peterson, 'American Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?', in: S.C. Symeonides (red.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 413-444

Petsimeris

C. Petsimeris, 'The scope of the doctrine of arbitrability and the law under which it is determined in the context of international commercial arbitration', *RHDI* 2005, p. 435-451

Pillet

A. Pillet, 'Essai d'un système général de solution des conflits de lois', *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* 1894, p. 417-435 & p. 711-754; 1895, p. 241-259 & p. 500-517 & p. 929-952; 1896, p. 5-30

Van der Plas 2005

C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het ipr* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005

Van der Plas 2010

C.G. van der Plas, 'Het leerstuk van de voorrangsregels gecodificeerd in boek 10: werking(ssfeer)', *NIPR* 2010, p. 421-429

Polak 2002

M.V. Polak, 'Oppassen – Inpassen – Aanpassen: Taken en bevoegdheden van wetgever en rechter bij de receptie van internationaal en communautair IPR in de Nederlandse rechtsorde', in: *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2002, p. 61-119

Polak 2011

M.V. Polak, 'Though this be madness, yet there is method in it', *Ars Aequi* 2011, p. 274-282

Polak 2012

M.V. Polak, 'Een halve eeuw 'Schending van het recht en/of verzuim van vormen': Internationaal privaatrecht voor het forum van de Hoge Raad', in: A.A.H. van Hoek e.a. (red.), *Offerhauskring vijftig jaar: Jubileumbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus' (1962-2012)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 109-117

Pontier 1997

J.A. Pontier, *Conflictenrecht: grondslagen, methoden, beginselen en belangen* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997

Pontier 2004

J.A. Pontier, 'Artikel 10 en 11 Algemene Bepalingen van een Wet Internationaal Privaatrecht: het toepasselijk recht 'geen unfair surprise'', in: R. Kotting, J.A. Pontier en L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori, symposium ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. Th.M. de Boer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 81-102.

Pontier 2005

J.A. Pontier, *Europees conflictenrecht, een complexe geschiedenis in vogelvlucht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2005

Pontier 2009

J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Apeldoorn: Maklu 2009

Porterfield

M.C. Porterfield, 'State Practice and the (Purported) Obligation Under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory Expropriations' *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2011, vol. 37, p. 159-197

Quinke

D. Quinke, 'Other enforcement regimes', in: R. Wolff (red.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary*, München: Verlag C.H. Beck oHG 2012, p. 448-490

Raape & Sturm

L. Raape & F. Sturm, *Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren*, München: Verlag Franz Vahlen 1977

Rabel 1945

E. Rabel, *The conflict of laws: A comparative study*, Michigan: Ann Arbor University of Michigan Press 1945

Rabel 1958

E. Rabel, *The conflict of laws, a comparative study, Volume four, Property: bills and Notes: Inheritance: Trufts: Application of Foreign Law: Intertemporal Relations*, Michigan: Ann Arbor University of Michigan Law School 1958.

Rammeloo 2014

S. Rammeloo, 'Multinationaal concern – Aansprakelijkheid van moedervennootschappen voor schulden van dochtervennootschap: nationaal IPR ('scope rule') getoetst aan Europees recht (artikel 49 VWEU)', *NIPR* 2014, p. 20-26

Ras/Hammerstein

A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2011

Reese 1962

W.L.M. Reese, 'The ever changing rules of choice of law', in: M. Bos e.a. (red.), *De Conflictu Legum: Bundel opstellen aangeboden aan Roeland Duco Kolléwijn & Johannes Offerhaus*, Leiden: A.W. Sijthoff 1962, p. 389-397

Reese 1964

W.L.M. Reese, 'Discussion of major areas of choice of law', *Recueil des Cours* 1964, p. 311-417

Reese 1976

W.L.M. Reese, 'General Course on Private International Law', *Recueil des Cours* 1976, p. 1-193

Reimann 1993

M. Reimann, 'Albert A. Ehrenzweig and the American Conflict of Laws: A Major Player with a Minor Influence' in: M. Lutter, E.C. Stiefel & M.H. Hoeflich (red.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1993, p. 397-421

Reimann 1995

M. Reimann, *Conflict of laws in Western Europe: A guide through the jungle*, Irvington: Transnational Publishers 1995

Reimann 1999

M. Reimann, 'Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century', in: *Virginia Journal of International Law* 1999, 571-606

Reimann 2001

M. Reimann, 'Domestic and international conflicts law in the United States and Western Europe', in: P.J. Borchers & J. Zekoll (red.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc. 2001, p. 109-123

Rigaux

F. Rigaux, 'Codification of Private International Law: Pros and Cons', *Louisiana Law Review* 2000, p. 1321-1330

Van Rooij

R. van Rooij, *De positie van publiekrechtelijke regels op het terrein van het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1976

Van Rosmalen & Pahladsingh

H.J.Th.M. van Rosmalen & A. Pahladsingh, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: beweging in de rechtspraak', *NtER* 2013-3, p. 83-92

Rüßmann & Timár

H. Rüßmann & K. Timár, 'The Laws Applicable to the Arbitration Agreement', in: R. Geimer & R.A. Schütze (red.), *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, München: Seller European Law Publishers 2012, p. 837-859

Rutten 1945

L.E.H. Rutten, *De devolutieve werking van het appel in het burgerlijk procesrecht* (diss. Nijmegen), Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1945

Sack 1937

A.N. Sack, 'Conflicts of Laws in the History of English law', in: A. Reppy, *Law, a century of progress, 1835-1935: contributions in celebration of the 100th anniversary of the founding of the School of Law of New York University*, New York: New York University Press, p. 342-454

Sanders 1996

P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996

Sanders 1999

P. Sanders, *Quo vadis arbitration?: sixty years of arbitration practice*, Den Haag: Kluwer Law International 1999

Sanders 2001

P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht: nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001

Sauveplanne 1962

J.G. Sauveplanne, *Internationaal privaatrecht: internationaal recht?* (oratie Utrecht), Deventer: N.V. Uitgeversmaatschappij AE.E. Kluwer 1962

Sauveplanne 1975

J.G. Sauveplanne, 'De methoden van privaatrechtelijke rechtsvergelijking', in: *Geschriften voor de Nederlandse Vereniging van Rechtsvergelijking* 1975

Sauveplanne 1989

J.G. Sauveplanne, *Elementair internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1989

Von Savigny 1828

F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: J.E.B. Mohr 1828

Von Savigny 1840

F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd I, Berlijn: Beit und Comp 1840

Von Savigny 1849

F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd VIII, Berlijn: Beit und Comp 1849

Van Schaick 2011

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, procesrecht, eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011

Schmidt

G.E. Schmidt, 'De openbare orde-exceptie: hoe maatgevend is de lex fori?', in: R. Kotting, J.A. Pontier en L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori, symposium ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. Th.M. de Boer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 103-126

Schockweiler & Wiwinius

F. Schockweiler & J.C. Wiwinius, *Les conflits des lois et les conflits de juridictions en droit international privé Luxembourgeois*, Luxembourg: Bauler 1996

Scholten

J.M.B. Scholten, *Het begrip Comitas in het internationaal privaatrecht van de Hollandse Juristen-school der zeventiende eeuw* (diss. Nijmegen)', Utrecht: Dekker & Van de Vegt N.V. 1949

Schramm, Geisinger & Pinsolle

D. Schramm, E. Geisinger & P. Pinsolle, 'Article II', in: H. Kronke e.a. (red.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2010, p. 38-114

Schrijver

N.J. Schrijver, *Internationaal publiekrecht als wereldrecht: een inleiding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011

Schultsz

J.C. Schultsz, 'Legislation in the Netherlands and international arbitration', in: *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 3-61

Shaw

M.N. Shaw, *International law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014

Shore

L. Shore, 'Applying Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration', in: G.A. Bermann & L.A. Mistelis (red.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Huntington: JurisNet, LLC 2011, p. 131-144

Sieburgh 2015

C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RM Themis* 2015-1, p. 3-13

Siehr 1970

K. Siehr, 'Ehrenzweigs lex fori-theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht', *RabelsZ* 1970, p. 585-635

Siehr 2004

K. Siehr, 'Coordination of Legal Systems in Private International Law', in: T. Einhorn & K. Siehr, *International Cooperation Through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2004, p. 325-340

Sillevis Smitt

J.L.W. Sillevis Smitt, 'Tets over rechtskeuze en aanverwante problemen in de nieuwe arbitragewet: Enkele kanttekeningen bij artikel 1054 Rv', in: *Offerhauskring vijftienvintig jaar: Feestbundel ter gelegenheid van het vijftienvintigjarig bestaan van de Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 161-171

Simons

W.B. Simons, 'Volgens het boekje', *TvA* 2004, 32

Smit

H. Smit, 'Mandatory Law in Arbitration', in: G.A. Bermann & L.A. Mistelis (red.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Huntington: JurisNet, LLC 2011, p. 207-230

Smith

J.A.C. Smith, 'Bartolo on the Conflict of Laws', *The American journal of legal history* 1970, p. 157-183 en p. 247-275

Smith 2004

C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004

Snijders/Wendels

H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009

Snijders, Klaassen & Meijer

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011

Snijders 2004

H.J. Snijders, 'De betekenis van Russisch gedachtegoed voor onze (internationale) arbitrage', *TvA* 2004, 31

Snijders 2008

H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 2008 (6761), p. 541-552

Snijders 2011

H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht: Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011

Snijders 2013

H.J. Snijders, 'Algemene beschouwingen bij het Wetsvoorstel Modernisering Arbitrage-recht', *TvA* 2013, 31

Snijders 2014

H.J. Snijders, 'New developments in National Rules for ex Officio Raising of Points of Community Law by National Courts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 95-117

Spanjaard 2012

J.H.M. Spanjaard, 'Arbitrage en ambtshalve toetsing: mag de arbitrageclausule wel of niet?' *Contracteren* 2012/04, p. 151-158

Spickhoff

A. Spickhoff, *Der ordre public im internationalen Privatrecht, Entwicklung – Struktur – Konkretisierung*, Neuwied: Alfred Metzner Verlag 1989

Steenhoff

G.J.W. Steenhoff, *De wetenschap van het internationaal privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Stein/Rueb

A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011

Storme 2005

H. Storme, 'Vreemd recht voor de Belgische rechter', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2005, p. 1154-1166

Story

J. Story, *Commentaries on the Conflicts of Law, Foreign and Domestic: in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, Boston: Hilliard, Gray, and Company 1834

Strikwerda 1978

L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht, verkenningen op een kruispunt van methoden* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978

Strikwerda 1987

L. Strikwerda, 'Fries recht in Amerika. Over Ulrik Huber, Joseph Story en internationale contracten', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1987, nr. 4, p. 55-78

Strikwerda 1997

L. Strikwerda, 'Naar een facultatief conflictenrecht?', *NJB* 1997, nr. 43, p. 1970-1971

Strikwerda 2002

L. Strikwerda, 'Verkregen rechten bij Ulrik Huber', in: H.F.G. Lemaire & P. Vlas (red.), *Met recht verkregen: Bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid Joppe*, Deventer: Kluwer 2002, p. 179-184

Strikwerda 2004-I

L. Strikwerda, 'De invloed van het EVRM op het Europese IPR', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht: Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak*, Deventer: Kluwer 2004, p. 252-260

Strikwerda 2004-II

L. Strikwerda, 'De opwaartse druk van de lex fori: enige beschouwingen over de openbare orde-exceptie in het conflictenrecht', in: R. Kotting, J.A. Pontier en L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori, symposium ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. Th.M. de Boer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 155-164

Strikwerda 2006

L. Strikwerda, 'Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht', in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvariaties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 119-127

Strikwerda 2012

L. Strikwerda, 'Het toepasselijke recht op de internationale forumkeuzeovereenkomst in het licht van art. 10:154 BW', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce & M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer: Kluwer 2012, p. 211-219

Strikwerda 2015-I

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015

Strikwerda 2015-II

L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Apeldoorn: Maklu 2010

Struycken 2004

A.V.M. Struycken, 'Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law', *Recueil des Cours* 2004, p. 9-552

Sturm 1981

F. Sturm, 'Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen', in: H. Bernstein, U. Drobning & H. Kötz, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1981, p. 329-351

Stürner

M. Stürner, 'Extraterritorial application of the ECHR via private international law? A comment from a German perspective', *NIPR* 2011/1, p. 8-12

Suijling

J.Ph. Suijling, *De statutentheorie in Nederland gedurende de XVIIde eeuw* (diss. Utrecht), 's-Hertogenbosch: Firma Robijns & Co. 1893

Suijling 1911

J.Ph. Suijling, *Het wereldverkeer in het privaatrecht, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het Hoogleraarsambt aan de Rijksuniversiteit te Utrecht op den 25sten September 1911*, Haarlem: De erven F. Bohn 1911

Symeonides

S.C. Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Londen: Kluwer Law International Ltd 2000

Symeonides 2001

S.C. Symeonides, 'Material justice and conflicts justice in choice of law', in: P.J. Borchers & J. Zekoll (red.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc. 2001, p. 125-140

Symeonides 2002

S.C. Symeonides, 'The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow' *Recueil des Cours* 2002, p. 9-448

Symeonides 2008

S.C. Symeonides, *American Private International Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008

Symeonides & Perdue

S.C. Symeonides & W. Collins Perdue, *Conflict of Laws: American, Comparative, International, cases and materials*, St. Paul: West 2012

Thoma

I. Thoma, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007

Thoma 2011

I. Thoma, 'The ECHR and the *ordre public* exception in private international law', *NIPR* 2011, p. 13-18

Tjittes & Asser

R.P.J.L. Tjittes & W.D.H. Asser, *Rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer 2007

Valkhoff

J. Valkhoff, 'Marx en Heine/Savigny en Hegel', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 473-484

Veegens 1971

D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971

Vermeulen

F.E. Vermeulen, 'Vreemd recht in cassatie', in: A.M. Boot, F.G.K. Overkleef en F.E. Vermeulen (red.), *Wie is de Mol? Liber Amoricum Harmen de Mol van Otterloo*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 239-249

Pilar Perales Viscasillas

Maria del Pilar Perales Viscasillas, 'Arbitrability of (intra-) corporate disputes', in: L.A. Mistelis & S.L. Brekoulakis (red.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 273-292

Vischer

F. Vischer, 'General course on private international law', *Recueil des Cours* 1992, p. 9-255

Literatuurlijst

Johannes Voet

J. Voet, *Commentarius ad pandectas*, Lugundi Batavorum: Johannem Verbessel 1698

Voet transl

P. Gane, *The selective Voet being the Commentary on the Pandects by Johannes Voet and the supplement to that work by Johannes van der Linden*, Durban: Butterworth & Co. (Africa) Ltd. 1955

Paulus Voet

P. Voet, *De Statutis Eorumque Concursu Liber Singularis*, Amsterdam: ex officina Johannis à Waesberge 1661

Vlas 2015

P. Vlas, *IPR en BW*, Deventer: Kluwer 2015

Vogel

K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnorm: eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. Internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts*, Frankfurt am Main: Metzner 1965

Van Vollenhoven 1898

C. van Vollenhoven, *Scope and content of International Law*, Lugduni Batavorum; E.J. Brill 1932.

Van Vollenhoven 1934

C. van Vollenhoven, *Verspreide geschriften, tweede deel, internationaal recht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1934.

Volken

P. Volken, 'How common are the general principles of private international law? America and Europe compared', in: *Yearbook of Private International Law*, Cambridge: Kluwer Law International 1999, p. 85-102

Vonken 1993-I

A.P.M.J. Vonken, 'Rechtsverfijningen in een open IPR-systeem', in: *Grensoverschrijdend privaatrecht: Een bundel opstellen over privaatrecht in internationaal verband*, Deventer: Kluwer 1993, p. 299-314

Vonken 1993-II

A.P.M.J. Vonken, 'De reflexwerking van mensenrechten op het ipr', in: P.B. Cliteur & A.P.M.J. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 153-185

Vonken 2000

A.P.M.J. Vonken, 'Internationaal verkeersongeval', *NIPR* 2000, p. 45-47

Vonken 2006

A.P.M.J. Vonken, 'De internationale beslissingsharmonie nader beschouwd: Een bespiegeling over hinkende rechtsverhoudingen, law shopping en inschikkelijkheid jegens buitenlands recht', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2006, p. 9-127

Vonken 2013

A.P.M.J. Vonken, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 10 BW*, Deventer: Kluwer 2013

Vranken 2011

J.B.M. Vranken, 'Omgaan met buitenlands recht in rechtspraak en rechtswetenschap', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's Conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 541-559

Vriesendorp 1970

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970

Von Wächter 1841

G.C. von Wächter, 'Über die Collision der Privatrechtgesetze verschiedener Staaten', in: *Archiv für die civilistische Praxis*, Heidelberg: J.G.B. Mohr 1841, p. 230-314

Von Wächter 1842

G.C. von Wächter, 'Über die Collision der Privatrechtgesetze verschiedener Staaten', in: *Archiv für die civilistische Praxis*, Heidelberg: J.G.B. Mohr 1842, p. 1-200, 361-419

Wai

R. Wai, 'In the Name of the International: The Supreme Court of Canada and the Internationalist Transformation of Canadian Private International Law' in: *The Canadian Yearbook of International Law*, Vancouver: University of British Columbia Press 2001, p. 117-209

Walton

F.P. Walton, *Historical Introduction to the Roman Law*, Edinburgh: W. Green & Son, Limited Law Publishers 1920

Watson 1992

A. Watson, *Joseph Story and the Comity of Errors: A Case Study in Conflict of Laws*, Athens: The University of Georgia Press 1992

Watson 1995

A. Watson, *The Spirit of Roman Law*, Athens: The University of Georgia Press 1995

Weintraub 2010

R.J. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws*, New York: Thomson Reuters/Foundation Press 2010

Werner & Wessel

W.G. Werner & R.A. Wessel, *Internationaal en Europees Recht*, Groningen: Europa Law Publishing 2005

Wesseling-Van Gent 1994

E.M. Wesseling-Van Gent, *Rechtsingang en rechtshulp*, Deventer: Kluwer 1994

Westlake 1858

J. Westlake, *A treatise on private international law, with principal reference to its practice in England*, Londen: William Maxwell & Son 1858

Van der Wiel 2012

B.T.M. van der Wiel, 'De in beginsel strakke regel', *TCR* 2012/3, p. 71-82

De Winter 1936

L.I. Barmat (De Winter), *De regel "locus regit actum" in het internationaal privaatrecht*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1936

Literatuurlijst

De Winter 1947

L.I. de Winter, 'De sociale functies der rechtsnormen als grondslag voor de oplossing van internationaal privaatrechtelijke wetsconflicten', in: I. Kisch e.a. (red.), *Naar een sociaal ipr, een keus uit het werk van L.I. de Winter*, Deventer: Kluwer 1979, p. 3-52

De Winter 1962

L.I. de Winter, *De maatschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor in het internationaal privaatrecht*, Leiden: A.W. Sijthoff 1962

Wojewoda

M. Wojewoda, 'Mandatory Rules in Private International Law: With Special Reference To the Mandatory System Under The Rome Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations', *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 2000, p. 183-213

Ten Wolde

M.H. ten Wolde, *Internationaal privaatrecht*, Groningen: Uitgeverij Hephæstus 2011

Ten Wolde 2010

M.H. ten Wolde, 'De mysteries van het *fait accompli* en boek 10 BW', *NIPR* 2010, p. 430-436

Ten Wolde 2011

M.H. ten Wolde, 'Simplex sigillum veri. (Vrij)denken over grondslagen van conflictenrecht en over kruispunten van conflictenrechtelijke methoden', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's Conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 603-620

Ten Wolde 2016-I

M.H. ten Wolde, 'Huber, Ulrik', in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari & P. de Miguel Asensio (red.), *European Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016

Ten Wolde 2016-II

M.H. ten Wolde, 'Voet, Paulus and Johannes', in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari & P. de Miguel Asensio (red.), *European Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016

Wolff 1945

M. Wolff, *Private International Law*, New York: Oxford University Press 1945

Wolff 1954

M. Wolff, *Das internationale privatrecht deutschlands*, Berlijn: Springer-Verlag 1954

Wolff 2012

R. Wolff, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary*, München: Verlag C.H. Beck oHG 2012,

Wortley 1954

B.A. Wortley, 'The interaction of public and private international law today', *Recueil des Cours* 1954, p. 239-342

Yntema 1963-I

H.E. Yntema, 'Basic Issues in Conflicts Law', *The American Journal of Comparative Law* 1963, p. 474- 482

Yntema 1963-II

H.E. Yntema, 'The Comity Doctrine', in: E. von Caemmerer e.a. (red.), *Vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Dolle*, Tübingen: Mohr 1963, p. 65-78

Ynzonides & De Boer

M. Ynzonides & M. de Boer, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2012/2424

Van Zelst 2012

B. van Zelst, 'Artikel 10:154: een nieuwe benadering bij de bepaling van het recht toepasselijk op de overeenkomst tot arbitrage?', *NTBR* 2012, 18

Zettermarck

C. Zettermarck, 'Determining the applicable law to an arbitration agreement', in: L. Heuman & S. Jarvin (red.), *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review on Strengths and Weaknesses, at an International Arbitration Symposium held in Stockholm on 7 and 8 October 2004*, New York: Jurisnet, LLC 2006, p. 105-118

Zitelmann

E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht* (1^e deel), Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1897

Zweigert 1948

K. Zweigert, 'Zur neueren Wissenschaftsgeschichte des Kollisionsrechts. Die dritte Schule im internationalen Privatrecht' in: L. Raape, H.P. Ipsen, G. Kegel (red), *Festschrift für Leo Raape zu seinem siebzigsten Geburtstag 14. Juni 1948*, Hamburg: Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag 1948, p. 35-52

Zweigert 1973

K. Zweigert, 'Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten', *RabelsZ* 1973, p. 435-452

OVERZICHT VAN JURISPRUDENTIE (verwezen wordt naar paragrafen)

Internationaal gerechtshof

PCIJ 7 September 1927, <i>Series A</i> , No. 10 (<i>Lotus</i>)	3.5.3.2(a)
PCIJ 12 juli 1929, <i>Series A</i> , No. 20 (<i>Case of Serbian Loans</i>)	3.5.3
PCIJ 12 juli 1929, <i>Series A</i> , No. 21 (<i>Case of Brazilian Loans</i>)	3.5.3
ICJ 18 december 1951, <i>ICJ Rep.</i> 1951, 131 (<i>Fisheries</i>)	3.5.3.2(a)
ICJ 28 november 1958, <i>ICJ Rep.</i> 1958, 67 (<i>Netherlands v. Sweden</i>)	3.5.3.1(a)
ICJ 20 februari 1969, <i>ICJ Rep.</i> 1969, 4 (<i>North Sea Continental Shelf Cases</i>)	3.5.3.2(a)
ICJ 3 juni 1985, <i>ICJ Rep.</i> 1985, 13 (<i>Case concerning the Continental Shelf</i>)	3.5.3.2(a)
ICJ 27 juni 1986, <i>ICJ Rep.</i> 1986, 14 (<i>Nicaragua v. USA</i>)	3.5.3.2(a)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 16 september 1996, Appl. No. 15777/89 (<i>Matos e Silva v. Portugal</i>)	3.5.3.1(d)
EHRM 6 april 2004, Appl. No. 75116/01 (<i>Karalyos and Huber v. Hungary and Greece</i>)	4.6
EHRM 9 maart 2010, Appl. No. 51625/08 (<i>Ammjadi/ Germany</i>)	3.5.3.1(c)
EHRM 9 november 2010, Appl. No. 664/04 (<i>Losonci Rose & Rose/ Zwitserland</i>)	3.5.3.1(c)
EHRM 4 oktober 2012, Appl. No. 43631/09 (<i>Harroudj v. France</i>)	3.5.3.1(c)
EHRM 6 december 2012, Appl. No. 12323/11 (<i>Michaud v. France</i>)	3.5.3.1(c)
EHRM 18 juni 2013, Appl. No. 3890/11 (<i>Provse v. Austria</i>)	3.5.3.1(c)

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJEU 15 november 1983, NJ 1984, 695, m.nt. Schultz (<i>Duijnstee/ Goderbauer</i>)	4.3.3
HvJEU 14 december 1997 (C-430/95 en C-431/93), NJ 1997, 116 (<i>Schijsdel</i>)	4.2.5
HvJEU 1 juni 1999 (C-126/97), NJ 2000, 339 (<i>Eco Swiss</i>)	4.2.5
HvJEU 11 mei 2000 (C-38/98), NJ 2003, 627 m.nt. Vlas (<i>Renault/Maxicar</i>)	4.2.5
HvJEU 2 oktober 2003 (C-148/02), <i>Jurispr.</i> blz. I-11613 (<i>Garcia Avello</i>)	3.5.3.1(b)
HvJEU 13 juli 2006 (C-295-298/04), NJ 2007, 37, m.nt. Mok (<i>Manfredi</i>)	4.2.5
HvJEU 7 juni 2007 (C-222-225/05), NJ 2007, 391, m.nt. Mok (<i>Van der Weerd</i>)	4.2.5
HvJEU 4 oktober 2007 (C-429/05), NJ 2008, 37, m.nt. Mok (<i>Rampion/ Franfinance</i>)	4.2.5
HvJEU 14 oktober 2008 (C-353/06), NJ 2009, 64, m.nt. Mok (<i>Grunkin-Paul/ Niebüll</i>)	3.5.3.1(b)
HvJEU 4 juni 2009 (C-8/08), NJ 2009, 432, m.nt. Mok (<i>T-Mobile</i>)	4.2.5
HvJEU 6 oktober 2009 (C-40/08), NJ 2010, 11, m.nt. Mok (<i>Asturcom Telecomunicaciones</i>)	4.2.5
HvJEU 22 december 2010 (C-208/09), NJ 2011, 119 m.nt. Mok (<i>Sayn Wittgenstein</i>)	3.5.3.1(b)
HvJEU 15 maart 2011 (C-29/10), NJ 2011, 246, m.nt. Polak (<i>Koelzsch/ Luxemburg</i>)	5.4.3
HvJEU 14 juni 2012 (C-618/10), NJ 2012, 512, m.nt. Mok (<i>Banco Español de Crédito</i>)	4.2.5
HvJEU 30 mei 2013 (C-488/11), NJ 2013, 487, m.nt. Mok (<i>Asbeek Brusse</i>)	4.2.5
HvJEU 4 juni 2013 (C-617/10), EHRC 2013, 112, m.nt. Morijn (<i>Åkerberg Fransson</i>)	3.5.3.1(b)
HvJEU 20 juni 2013, C-186/12 (<i>Impacto Azul</i>)	3.5.3.1(b)
HvJEU 15 januari 2014 (C-176/12), NJ 2014, 246, m.nt. Mok (<i>Association de Médiation Sociale</i>)	3.5.3.1(b)
HvJEU 6 maart 2014, C-206/13 (<i>Cruciano Siragusa</i>)	3.5.3.1(b)
HvJEU 8 mei 2014, C-483/12 (<i>Pelckmans Turnhout II</i>)	3.5.3.1(b)

Nederland

Hoge Raad

HR 21 april 1876, W 3989	4.4
HR 28 januari 1910, W 8971	4.4
HR 4 juni 1915, NJ 1915, 865 (<i>Ehlers & Loewenthal/ Van Leeuwen</i>)	4.3.1/4.4/5.2
HR 17 december 1925, NJ 1926, 193	4.3.2.1(g)
HR 8 april 1927, NJ 1927, 1110, m.nt. PS (<i>Benima/ Rohner</i>)	4.3.1
HR 19 april 1929, NJ 1929, 1716, m.nt. Meijers (<i>Vereenigde Javasuiker-Producten</i>)	4.3.2.2(c)
HR 15 juni 1934, NJ 1934, 1397, m.nt. Scholten	4.3.2.1(g)
HR 16 maart 1939, NJ 1939, 408 (<i>De Lang/ Industrie- & Handelsmaatschappij</i>)	4.2.2
HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2, m.nt. Veegens (<i>Ngyuat</i>)	3.5.3.2(b)

Overzicht van jurisprudentie

HR 16 juni 1961, NJ 1963, 520, (<i>Moskovsky Festival/Clemenceau</i>)	5.3.2
HR 10 april 1964, NJ 1964, 473 (<i>Kelly/het Nederlandse Beheersinstituut</i>)	4.3.3/5.3
HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3, m.nt. Bröring (<i>Alnati</i>)	5.4.3
HR 19 mei 1967, NJ 1968, 35, m.nt. Bröring (<i>Saladin/HBU</i>)	5.3.2
HR 12 maart 1971, NJ 1971, 300, m.nt. Lemaire (<i>Kinac/Vojvodina-Coop</i>)	4.3.2.2(c)
HR 10 december 1976, NJ 1977, 275, m.nt. Schultz (<i>Chelouche/Van Leer</i>)	3.5.3.1(c)
HR 25 november 1977, NJ 1978, 177, m.nt. Schultz	4.3.3
HR 22 december 1978, NJ 1979, 521, m.nt. Sanders (<i>Zaunbrecher/Muyzert</i>)	6.4.3
HR 9 januari 1981, NJ 1981, 203, m.nt. Heemskerk (<i>De Raad/Wagemaker</i>)	6.4.2/6.6
HR 29 januari 1982, NJ 1982, 306, m.nt. Schultz	4.3.2.2(c)
HR 26 maart 1982, NJ 1982, 318	4.5
HR 3 december 1982, NJ 1983, 354 (<i>Levi/Turkiye Seker Fabrikalari</i>)	4.3.2.2(a)(5)
HR 15 april 1983, NJ 1983, 698, m.nt. Schultz	4.3.1
HR 11 november 1983, NJ 1984, 298	4.3.2.1(c)
HR 17 maart 1989, NJ 1990, 427, m.nt. Schultz (<i>Seaport/Transatlantic</i>)	4.3.2.2(c)
HR 2 februari 1990, NJ 1991, 1, m.nt. Vranken (<i>Stichting Natuur & Milieu</i>)	4.5
HR 28 september 1990, NJ 1991, 230, m.nt. Vranken (<i>Huybregts/Van Tuyl</i>)	6.6
HR 2 november 1990, NJ 1991, 123, m.nt. Sniijders (<i>Van der Kloof/CSU</i>)	6.5.2
HR 9 november 1990, NJ 1992, 212 (<i>Orol Mildred</i>)	4.4.1/4.4.3
HR 1 februari 1991, NJ 1991, 598 (<i>Krumpelman/Renier de Graaf Stichting</i>)	4.2.2
HR 26 april 1991, NJ 1992, 407, m.nt. Vranken	4.3.2.1(c)
HR 26 april 1991, NJ 1992, 407, m.nt. Vranken	4.3.2.1(f)
HR 20 maart 1992, NJ 1992, 725, m.nt. Stein (<i>Driessen/Universiteit Nijmegen</i>)	4.3.2.1(f)
HR 18 februari 1994, NJ 1994/606, m.nt. Ras (<i>Zoontjes/Kijlstra</i>)	4.3.2.1(e)
HR 15 april 1994, NJ 1994, 576 (<i>Braga de Oliveira/Mooijman</i>)	3.5.3.1(c)
HR 6 oktober 1995, <i>RvdW</i> 1995, 202	4.5
HR 29 december 1995, NJ 1996, 418, m.nt. Stein (<i>Buyck/Van den Aemele</i>)	4.2.2
HR 16 februari 1996, NJ 1997, 186, m.nt. Mendel (<i>Zürich Versicherungsgesellschaft/Siemens</i>)	4.2.2
HR 21 februari 1997, NJ 1998, 416, m.nt. De Boer (<i>Iraanse echtscheiding</i>)	3.3.5.1(a)
HR 21 maart 1997, NJ 1998, 568, m.nt. De Boer (<i>L/Raad voor de Kinderbescherming</i>)	4.4.3
HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207, m.nt. Sniijders (<i>Eco Swiss/Benetton</i>)	6.2/6.4.4/6.8
HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585, m.nt. De Boer (<i>Brandsma/Hansa</i>)	3.5.3.1(a)
HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (<i>Assoud/Sporttotalisator</i>)	4.3.2.1(d)
HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 316, m.nt. De Boer (<i>Gustafsen q.q./Mosk</i>)	5.3.2
HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625 (<i>Van Rooij/Van der Sluijs</i>)	4.2.2
HR 3 september 1999, NJ 2001, 405, m.nt. De Boer (<i>Van der Boon/RG Lease BV</i>)	4.3.2.2(a)(4)
HR 16 februari 2001, NJ 2001, 202 (<i>Drijvende Bokken</i>)	4.3.3
HR 23 februari 2001, NJ 2001, 431, m.nt. De Boer en Vranken (<i>De maatschap X/Overes</i>)	4.3.2.2(c)
HR 20 april 2001, NJ 2002, 392, m.nt. Sniijders	4.3.3
HR 9 november 2001, NJ 2002, 279, m.nt. De Boer	4.6
HR 7 december 2001, NJ 2003, 76, m.nt. Asser	4.3.2.1(c)
HR 18 december 2001, NJ 2002, 559, m.nt. Reijntjes (<i>Decembermoorden Suriname</i>)	3.5.3.2(b)
HR 22 februari 2002, NJ 2003, 483, m.nt. Vlas	4.4.2
HR 31 mei 2002, NJ 2003, 344, m.nt. De Boer (<i>Universal/Balunan</i>)	4.3.2.2(a)(2)
HR 31 mei 2002, NJ 2003, 344, m.nt. De Boer (<i>Universal/Balunan</i>)	4.3.2.3
HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384, m.nt. Sniijders (<i>IMS/Modsaf</i>)	6.6
HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 396 (<i>Stichting Revabo/Amev</i>)	4.3.3
HR 5 december 2003, <i>JBPr</i> 2004, 18, m.nt. Janssen (<i>Clickly/Vongolo</i>)	4.3.2.1(c)
HR 3 december 2004, NJ 2005, 118, m.nt. Mok (<i>Vreugdenhil/Floraholland</i>)	4.2.5
HR 28 januari 2005, NJ 2006, 517, m.nt. De Boer (<i>Vergo/Grootscholten</i>)	4.3.3
HR 28 januari 2005, NJ 2006, 469, m.nt. De Boer (<i>DIO/IMS</i>)	4.4.3/5.3/6.3
HR 15 september 2006, NJ 2006, 505	4.4.3
HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, m.nt. Sniijders (<i>Groenselect</i>)	5.4.3
HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (<i>Spaanderdam/Anova</i>)	6.6
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638 (<i>Dexia/Van Steenhoven</i>)	4.3.2.1(f)
HR 28 september 2007, <i>RvdW</i> 2007, 807 (<i>Dentas/Fortis</i>)	4.4.3
HR 28 maart 2008, NJ 2008, 191 (<i>ICF/MIC</i>)	6.7.2
HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, m.nt. Maeijer & Sniijders (<i>Willemsen/NOM</i>)	4.3.2.1(c)
HR 19 december 2008, NJ 2009, 456, m.nt. De Boer (<i>Yukos Finance/Rebgun</i>)	2.3.2.4
HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (<i>Heerlen/Whizz</i>)	4.2.4
HR 6 februari 2009, <i>RvdW</i> 2009, 275	4.3.2.1(c)

HR 27 maart 2009, NJ 2010, 169 (<i>Poultry/Burshan</i>)	6.4.2
HR 27 maart 2009, NJ 2010, 170, m.nt. Snijders (<i>Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs</i>)	6.4.2
HR 19 juni 2009, NJ 2010, 154 m.nt. Snijders (<i>Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.</i>)	4.3.2.1(c)
HR 19 juni 2009, NJ 2010, 154 m.nt. Snijders (<i>Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.</i>)	4.3.2.1(f)
HR 1 december 2009, NJ 2010, 118, m.nt. Wormann	4.4.3
HR 11 december 2009, NJ 2010, 581, m.nt. Snijders (<i>AB&P/Axa Leven</i>)	4.3.2.1(a)
HR 22 januari 2010, <i>JBPr</i> 2010, 40	4.3.2.1(f)
HR 9 juli 2010, <i>JBPr</i> 2010, 57, m.nt. Hovens	4.3.2.1(a)
HR 5 november 2010, NJ 2013, 1244	3.3
HR 26 november 2010, NJ 2011, 55, m.nt. Schilfgaarde (<i>Silver Lining</i>)	5.4.3/6.2.
HR 17 december 2010, NJ 2011, 8 alsmede <i>JOR</i> 2011, 53, m.nt. Hijink (<i>Nieuwbург/TMF</i>)	5.3
HR 24 december 2010, NJ 2011, 18 (<i>Desario/Zipser</i>)	4.4.3
HR 9 december 2011, <i>RvdW</i> 2011, 1543 (<i>Doornenbal/Van der Spek</i>)	4.2.3
HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143 (<i>Post/Kleijweg</i>)	4.2.2
HR 30 maart 2012, NJ 2012, 583, m.nt. Krans (<i>Fafianie/KSN</i>)	4.3.2.1(e)
HR 30 maart 2012, <i>RvdW</i> 2012, 497 (<i>Krediet Specialist</i>)	4.3.2.2(a)(4)
HR 30 maart 2012, <i>RvdW</i> 2012, 497 (<i>Krediet Specialist</i>)	4.3.2.2(b)
HR 6 april 2012, NJ 2013, 235, m.nt. De Boer (<i>Al Rafidain Bank/Solvochem</i>)	4.4.3/4.5/6.7.2
HR 11 mei 2012, <i>JBPr</i> 2012, 44, m.nt. Lewin (<i>Boekel/Parkeergarage Herengracht</i>)	4.3.2.1(e)
HR 28 september 2012, <i>JBPr</i> 2013, 4, m.nt. Linssen	4.3.2.1(c)
HR 28 september 2012, <i>JBPr</i> 2013, 4, m.nt. Linssen	4.3.2.1(f)
HR 12 december 2012, <i>JBPr</i> 2013, 24, m.nt. Den Hoed (<i>Terra Nova/Shinn Fu</i>)	4.3.2.1(d)
HR 8 februari 2013, <i>LJN</i> : BY6699 (<i>LTO Noord Verzekeringen</i>)	4.3.2.1(c)
HR 8 februari 2013, NJ 2013, 125	4.3.3
HR 13 mei 2013, <i>RvdW</i> 2013, 673 (<i>X./SZA</i>)	4.5
HR 14 juni 2013, <i>LJN</i> : BZ4163 (<i>Auping/Beverlaap</i>)	4.3.2.1(c)
HR 6 september 2013, <i>ECLI:NL:HR:2013:BZ9228</i> (<i>Staat/Mustafi c.s.</i>)	4.4.3
HR 13 september 2013, <i>JBPr</i> 2014, 2, m.nt. Hovens (<i>Heesakkers/Voets</i>)	4.3.2.1(g)
HR 17 januari 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:96</i> (<i>X/Ontoanger Rijnmond</i>)	4.3.2.1(a)
HR 17 januari 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:97</i>	4.3.2.1(a)
HR 17 januari 2014, NJ 2014, 223, m.nt. Perrick (<i>S/T</i>)	4.3.2.1(b)
HR 27 juni 2014, <i>JBPr</i> 2014, 39, m.nt. Lewin	4.3.2.1(c)
HR 26 september 2014, NJ 2015, 318 (<i>Ecuador/Chevron & Texaco</i>)	4.4.3/6.4.2
HR 17 oktober 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:3000</i>	4.2.2
HR 27 maart 2015, <i>ECLI:NL:HR:2015:759</i>	4.3.2.1(e)
HR 27 maart 2015, <i>JBPr</i> 2015, 33, m.nt. Lewin	4.3.2.1(b)
HR 17 april 2015, <i>ECLI:NL:HR:2015:1077</i> (<i>NRSC/Kompas</i>)	4.3.2.3
HR 1 mei 2015, <i>ECLI:NL:HR:2015:1194</i> (<i>Çukurova/Sonera</i>)	6.6
HR 8 mei 2015, <i>ECLI:NL:HR:2015:1224</i> (<i>B./F.</i>)	4.3.2.1(c)
HR 12 juni 2015, <i>ECLI:NL:HR:2015:1525</i>	4.3.2.2(c)/5.3
HR 16 oktober 2015, <i>ECLI:NL:HR:2015:3092</i> (<i>ICL/Potasse</i>)	5.3

Gerechtshoven

Hof Leeuwarden 24 april 1989, <i>NIPR</i> 1993, 120 (<i>Metaalbedrijf/Lommerts</i>)	4.3.2.2(a)(4)
Hof Amsterdam 17 februari 1994, <i>NIPR</i> 1994, 248 (<i>Arbeid/Sorg</i>)	4.3.2.2(a)(4)
Hof Amsterdam 7 maart 1996, <i>NIPR</i> 1997, 336 (<i>Delta Airlines/Reisen Passagebureau Select</i>)	4.3.2.2(a)(3)
Hof 's-Gravenhage 26 juni 1996, <i>NIPR</i> 1997, 211 (<i>Skyron/Hel</i>)	5.3
Hof Amsterdam 18 maart 1999, <i>S&S</i> 2001, 40 (<i>Pauline Oliveiri</i>)	4.3.2.2(a)(3)
Hof Amsterdam 18 maart 1999, <i>S&S</i> 2001, 40 (<i>Pauline Oliveiri</i>)	5.3
Hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2000, <i>NIPR</i> 2000, 97	4.5
Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2002, <i>NIPR</i> 2002, 205 (<i>Penning/Pegri</i>)	4.5/5.4.4
Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2003 (<i>De Beer Groep/Janssen</i>)	3.2.2.2
Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2004, <i>NIPR</i> 2004, 106	3.3.5.1(b)
Hof 's-Gravenhage 22 juni 2004, <i>NIPR</i> 2005, 141 (<i>Van Doorn/Erasmus c.s.</i>)	5.3
Hof Amsterdam 7 april 2005, <i>ECLI:GHAMS:2005:65</i>	6.6
Hof Amsterdam 9 februari 2006, <i>NIPR</i> 2006, 98	3.5.3.1(c)
Hof Amsterdam 15 maart 2007, <i>NIPR</i> 2007, 290 (<i>Lany Vision/K.</i>)	5.3
Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2008, <i>NIPR</i> 2009, 95	3.5.3.1(c)
Hof Amsterdam 16 november 2010, <i>ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9062</i>	5.4.1
Hof Leeuwarden 29 mei 2012, <i>NIPR</i> 2012, 366 (<i>ISS Tanks/CMB</i>)	4.5
Hof Arnhem 12 juni 2012, <i>JOR</i> 2013, 122, m.nt. Bergervoet (<i>Haisma/Grafschafter Volksbank</i>)	4.3.2.1(c)

Overzicht van jurisprudentie

Hof Amsterdam 18 september 2012, <i>ECLI:NL:HGAMS:2012:BY5010</i>	4.5
Hof 's-Gravenhage 23 juli 2013, <i>ECLI:NL:GHDHA:2013:2617 (Vertex)</i>	6.2
Hof 's-Gravenhage 3 september 2013, <i>ECLI:NL:GHDHA:2013:3403 (BAe/Modsaf)</i>	6.6
Hof 's-Hertogenbosch 8 oktober 2013, <i>NIPR 2013, 354 (A. Trading)</i>	4.3.2.2(a)(3)
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, <i>NIPR 2014, 164 (Demec/Wemas)</i>	5.3
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2013, <i>ECLI:NL:GHARL:2013:8418</i>	4.4.2
Hof Amsterdam 8 april 2014, <i>NIPR 2015, 54 (Dimensio/Bingold)</i>	4.5
Hof Amsterdam 4 september 2014, <i>ECLI: NL:GHAMS:2014:3738 (Café Kobalt c.s.)</i>	5.4.3

Rechtbanken

Rechtbank Arnhem 11 juli 1985, <i>NIPR 1986, 292 (Yollu/Sakarya)</i>	3.5.3.1(a)
Rechtbank Rotterdam 15 oktober 1993, <i>NIPR 1995, 240 (Murrayfield/Gearbulk)</i>	3.5.3.1(a)
Rechtbank 's-Gravenhage 13 december 1995, <i>NIPR 1997, 102 (E/NN)</i>	3.5.3.1(a)
Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 november 1996, <i>NIPR 1997, 104</i>	5.4.4
Rechtbank Rotterdam 10 december 1998, <i>NIPR 2000, 116 (CGM La Pérouse)</i>	5.3
Rechtbank Rotterdam 10 juni 1999, <i>S&S 2000, 86 (Santorini I)</i>	5.3
Rechtbank Rotterdam 11 november 1999, <i>NIPR 2000, 117 (BTEA/Alpha Trading)</i>	5.3
Rechtbank Rotterdam 23 maart 2000, <i>NIPR 2000, 122 (BGP/Lehman)</i>	5.3
Rechtbank Rotterdam 28 februari 2002, <i>S&S 2004, 30 (Arjuna)</i>	5.3
Rechtbank Haarlem 9 juli 2002, <i>NIPR 2002, 258 (Domnick Hunter Limited/Twin Filter)</i>	5.4.4
Rechtbank Arnhem 24 september 2003, <i>NIPR 2004, 342 (Kera Fun/Van Duijn)</i>	4.5
Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 juni 2003, <i>NIPR 2004, 106</i>	3.5.3.1(b)
Rechtbank Arnhem 18 februari 2005, <i>NIPR 2009, 122 (A/NBM)</i>	3.5.3.1(a)
Rechtbank Arnhem 8 februari 2006, <i>ECLI:NL:RBARN:2006:AV9154 (Latvijas Finieris)</i>	6.2
Rechtbank Haarlem 22 juli 2008, <i>NIPR 2008, 275</i>	3.5.3.1(c)
Rechtbank Haarlem 5 augustus 2008, <i>NIPR 2008, 276</i>	3.5.3.1(b)
Rechtbank 's-Gravenhage 3 november 2008, <i>NIPR 2010, 23</i>	3.5.3.1(c)
Rechtbank Zutphen 17 december 2008, <i>NIPR 2009, 24 (Worldwide Advisors/Champcar)</i>	5.4.4
Vrzsngnrchtr Rb Amsterdam 18 juni 2009, <i>ECLI:NL:RBAMS:2009:BI9930 (Lojack)</i>	6.5.3.1(b)(2)
Rechtbank Amsterdam 23 september 2009, <i>NIPR 2010, 21</i>	3.5.3.1(b)
Rechtbank Rotterdam 16 februari 2011, <i>NIPR 2011, 382 (JAS/Distribrands)</i>	5.4.4
Rechtbank Rotterdam 18 mei 2011, <i>ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (Cimcool)</i>	6.4.2
Vrzsngnrchtr Rb. Leeuwarden 1 juni 2011, <i>JOR 2011, 220 (Faber/Swissch Holding)</i>	4.2.2
Rechtbank Haarlem 27 december 2011, <i>NIPR 2012, 184</i>	3.5.3.1(b)
Rechtbank Rotterdam 1 februari 2012, <i>NIPR 2012, 208 (A./Rederij de Rotterdam)</i>	4.5
Vrzsngnrchtr Rb. Rotterdam 24 april 2012, <i>ECLI:NL:RBROT:2012:BW5070 (Cimcool)</i>	6.2
Rechtbank Zutphen 15 augustus 2012, <i>NIPR 2012, 463 (Ingosur/VDC c.s.)</i>	5.4.4
Rechtbank Arnhem 26 september 2012, <i>NIPR 2012, 457 (Transfennica/A.)</i>	5.4.4
Rechtbank Haarlem 11 december 2012, <i>JPF 2013, 131, m.nt. Curry-Sumner</i>	3.5.3.1(c)
Rechtbank Arnhem 12 december 2012, <i>NIPR 2012, 33 (Albea/Eurovite)</i>	4.5
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, <i>NIPR 2013, 245</i>	4.5
Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, <i>NIPR 2013, 134 (Mileudéfensie c.s./Shell)</i>	4.5
Rb Rotterdam 3 april 2013, <i>ECLI:NL:RBROT:2013:CA2578 (Nidera)</i>	4.4.1
Rechtbank Amsterdam 29 mei 2013, <i>ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1411 (Wincanton/StAK FPH)</i>	5.4.4
Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2013, <i>ECLI:NL:RBROT:2013:8186</i>	5.4.4
Rechtbank Amsterdam 11 december 2013, <i>NIPR 2014, 67 (Syrian Electronic/Ricoh)</i>	4.5
Rechtbank Amsterdam 29 januari 2014, <i>ECLI:RBAMS:2014:793</i>	6.6
Rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, 5 februari 2014, <i>NIPR 2014, 146 (Megaladon)</i>	4.5
Rechtbank Amsterdam 26 maart 2014, <i>ECLI:NL:RBAMS:2014:2451</i>	5.3
Rechtbank Amsterdam 3 december 2014, <i>ECLI:NL:RBAMS:2014:8081</i>	6.2
Rechtbank Amsterdam 11 februari 2015, <i>ECLI:NL:RBAMS:2015:651</i>	5.3
Vrzsngnrchtr Rb Rotterdam 5 augustus 2015, <i>ECLI:NL:RBROT:2015:5767</i>	6.5.3.1(b)(2)
Vrzsngnrchtr Rb Zeeland-West-Brabant 9 september 2015 (<i>Wuxi Long Chen/CVB</i>)	6.5.3.1(b)(2)

Scheidsrechterlijke uitspraken

<i>Pope & Talbot Inc. v. Canada</i> , 26 juni 2000	3.5.3.1(d)
<i>Metalclad Corp. v. United Mexican States</i> , 30 augustus 2000, ICSID ARB(AF)/97/1	3.5.3.1(d)
<i>Technicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States</i> ICSID ARB(AF)/00/2	3.5.3.1(d)
<i>SD Myers v. Government of Canada</i> (Partial Award) 8 ICSID Rep. 4, 58	3.5.3.1(d)
<i>Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo</i> , ICSID Case No. ARB/99/7	6.4.3

<i>Chevron & Texaco v. Ecuador</i> (Partial Award on the Merits), 30 maart 2010	3.5.3.1(d)
<i>Enron v. Republic of Argentina</i> , Committee van 30 juli 2010, ICSID Case No. ARB/01/3	6.4.3
<i>Oostergetel & Laurentius v. The Slovak Republic</i> , 23 april 2012	3.5.3.1(d)
<i>Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation</i> , 18 juli 2014, PCA Case No. AA 226	3.5.3.1(d)

Buitenlandse uitspraken**Amerika**

<i>Camp v. Lockwood</i> U.S. (Dall.) 393, 398 (Phila Co. 1788)	2.4.3
<i>Saul v. His Creditors</i> 5 Mart. (n.s.) 569, 1827 WL 1936 (La.), 16 Am.Dec. 212	2.4.3

België

Hof van Cassatie 9 oktober 1980, <i>Arresten Hof van Cassatie</i> 1980-81, p. 142 (<i>Babcock</i>)	4.4.3
Hof van Cassatie 3 juni 2004, <i>Arresten Hof van Cassatie</i> 2004, p. 990	4.4.3
Hof van Cassatie 18 april 2005, NJW 2005, 1167	4.4.3
Hof van Cassatie 14 januari 2010, <i>Arresten Hof van Cassatie</i> 2010, 33	6.2
Hof van Cassatie 10 november 2012, <i>Arresten Hof van Cassatie</i> 2010, p. 2872	4.4.3
Hof van Cassatie 18 maart 2013, <i>Arresten Hof van Cassatie</i> 2013, p. 682	4.4.3

Duitsland

BVerfG 4 mei 1971, <i>BverfGE</i> 31, 58 (<i>Spanier-Beschluss</i>)	3.5.3.1(c)
BGH 12 februari 1976, NJW 1976, 1591	6.5.3.2(c)
BGH 16 oktober 1977, <i>BGHZ</i> 69, 387	4.6
BGH 23 december 1981, IVb ZR 643/80, NJW 1982, 1215	4.6
BVerG 8 december 1982, <i>BVerfGE</i> 86, 57	3.5.3.1(c)
BVerG 22 februari 1983, <i>BVerfGE</i> 63, 181	3.5.3.1(c)
Oberlandesgericht Hamm 2 november 1983	6.5.3.1(b)(2)
BVerG 8 januari 1985, <i>BVerfGE</i> 68, 384	3.5.3.1(c)
Oberlandesgericht Köln 23 april 204	6.5.3.1(b)(2)
BGH 21 september 2005, <i>SchiedsVZ</i> 2005, 306	6.5.3.1(b)(2)
Oberlandesgericht Celle 14 december 2006	6.5.3.1(b)(2)

Engeland

<i>Ward's Case</i> , 82 Eng. Rep. 245, 246 (KB 1625)	2.4.2
<i>Fremoult v. Dedire</i> (1718) 1 P. Wms. 429	2.4.2
<i>Mostyn v. Fabrigas</i> , 98 Eng. Rep. 1021, 1022 (KB 1775)	2.4.2
<i>Robinson v. Bland</i> 97 Eng. Rep. 717 (KB 1760)	2.4.2
<i>Holman v. Johnson</i> 1 Cowp.341, 1775	2.4.2
<i>Nelson v Bridport</i> (1845) 50 Eng. Rep. 207	5.4.2
<i>Guaranty Trust Corp of New York v Hannay</i> [1918] 2 KB 623	5.4.2
<i>Beatty v Beatty</i> [1924] 1 KB 807	5.4.2
<i>Buerger v New York Life Assurance Co</i> (1927) 96 LJKB 930	5.4.2
<i>Callwood v Callwood</i> [1960] AC 659	5.4.2
<i>Sharif v Azad</i> [1967] 1 QB 605	5.4.2
<i>Parkasho v. Singh</i> [1968] P. 233	5.4.2
<i>Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd</i> [1976] 1 WLR 676	5.4.2
<i>MCC Proceeds Inc v Bishopgate Investment Trust Plc</i> (No. 4) [1999] CLC 417	5.4.2

Italië

Corte costituzionale 5 maart 1987, <i>Giurispr. Cost.</i> 1987-I, 71	3.5.3.1(c)
Corte costituzionale 10 december 1987, <i>Giurispr. Cost.</i> 1987-II, 477	3.5.3.1(c)
Corte di Cassazione 12 januari 2007	6.5.3.1(b)(1)

Finland

Finse Hoge Raad van 2 juli 2008	6.4.3
---------------------------------	-------

Frankrijk

Cass. Com. Fr. 16 november 1993, 1993 <i>Bull. Civ. IV</i> , No. 405, 294 (<i>Amerford</i>)	4.6
Cass. 1 ^e Civ. Fr. 5 november 1991, 1991 <i>Bull. Civ. I</i> , No. 293, 192 (<i>Masson</i>)	4.6
Cass. 1 ^e Civ. Fr. 26 mei 1999, 1999 <i>Bull. Civ. I</i> , No. 172, 113 (<i>Mutuelle du Mans</i>)	5.4.3
Cass. 1 ^e Civ. Fr. 26 mei 1999, 1999 <i>Bull. Civ. I</i> , No. 174 (<i>Belaid</i>)	5.4.3

Overzicht van jurisprudentie

Cass. Com. Fr. 28 juni 2005, <i>Rev. crit. Dr. int. priv.</i> 2005, 645 (<i>Itraco</i>)	5.4.3
Cass. 1e Civ. Fr. 28 juni 2005, <i>Rev. crit. Dr. int. priv.</i> 2005, 645 (<i>Aubin</i>)	5.4.3
Cass. 1 ^e Civ. Fr. 21 november 2006, 2006 <i>Bull. Civ. I</i> , No. 500	4.6
Cass. 1e Civ. Fr. 11 februari 2009, 2009 <i>Bull Civ. I</i> , 125	5.4.3
Cass. 1e Civ. Fr. 11 februari 2009, 2009 <i>Bull Civ. I</i> , 127	5.4.3
Luxemburg	
Cass. 7 juni 1969, <i>Pas. Lux.</i> 22, p. 39	5.4.2
Rusland	
Hoge Raad van de Russische Federatie van 18 juli 2002, <i>TvA</i> 2004, 30	6.1
Zwitserland	
Tribunal fédéral Suisse 28 april 1992 (<i>V/G</i>)	6.2
Tribunal fédéral Suisse 23 juni 1992 (<i>Ficantieri</i>)	6.2
Tribunal Fédéral Suisse 9 februari 2009, 4A_400/2008	6.4.4
Tribunal Fédéral Suisse 9 juni 2009, 4A_108/2009	6.4.4
Tribunal Fédéral Suisse 15 februari 2010, 4A_464/200	6.4.3
Tribunal Fédéral Suisse 3 augustus 2010, 4A_254/2010	6.4.4
Tribunal Fédéral Suisse 7 januari 2011, 4A_440/2010	6.4.3
Tribunal Fédéral Suisse 15 juli 2013, 4A_188/2013	6.4.4
Tribunal Fédéral Suisse 5 augustus 2013, 4A_214/2013	6.4.4
Tribunal Fédéral Suisse 15 april 2015, 4A_554/2014	6.4.3/6.4.4

TREFWOORDENREGISTER

(verwezen wordt naar paginanummers)

Aanverwant recht / 214-215
Aanvullend recht / 157
Aanvulling rechtsgronden / Zie *ius curia novit*
a-nationale arbitrage / 255
a-nationaal recht / Zie niet-statelijk recht
Amerikaanse conflictenrechtelijke revolutie / 91 e.v.
Amiable compositeur / Zie goede mannen naar billijkheid
Antikiesregel / 230-232
Appel / zie hoger beroep
Arbitraal beding / 281
Arbitraal geding / 302-304
Arbitrabiliteit
- objectieve arbitrabiliteit / 238-239, 257-267, 333
- subjectieve arbitrabiliteit / 268-272, 333
Arbitrageovereenkomst / 273, 281 e.v.
- formele geldigheid / 282 e.v.
- materiële geldigheid / 290 e.v.
Bartolus de Saxoferrato / 6 e.v.
Better law approach / 105
Bilateral Investment Treaty / 142 e.v., 203
Brussel Ibis / 198, 285
d'Argentré / 13 e.v.
Canonisten / 3
Capaciteit / Zie subjectieve arbitrabiliteit
Cessie / 123, 189
Choice influencing considerations / 105
Comitas / 21, 24, 25 e.v., 36, 47, 69, 320 e.v.
Comity of nations / 34 e.v.
Common law / 30, 233
Comparative impairment analysis / 102
Compromis / 281
Conformiteitscontrole / 2, 209, 218
Corpus Iuris Civilis / 4, 13, 25
Cunctos populos / 7
Dépeçage / 114, 302
Deskundige / 212 e.v., 235 e.v., 280
Devolutieve werking / 171 e.v.
Doel conflictenrecht / 117, 325
Dwingend recht / 157, 160, 161, 163
Echtscheiding / 122 e.v., 135, 188, 191, 211, 238
EEX / 198
EEX-Verdrag / 125
Erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken / 261
Europese overeenkomst van Londen / 212, 236, 281

EVRM / 136 e.v.
Exequatur / Zie erkenning en tenuitvoerlegging
Facultatief conflictenrecht / 219, 232 e.v., 334 e.v.
Faillissement / 229 e.v., 231, 261
Foelix, J.J.G. / 46
Free rider effect / 154
Functionele methode / 84 e.v.
Fundamenteel beginsel Unierecht / 128 e.v.
Geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing / 186, 191, 196, 327
Goede mannen naar billijkheid / 239, 217, 272, 278, 304
Governmental interest analysis / 85, 102, 107, 1140, 115
Grenzen van de rechtsstrijd / 158-160, 166, 168 e.v., 181, 192, 201, 219, 245, 274
Grievens / 170 e.v.,
Groot, de Hugo / 5, 23
Handelingsbekwaamheid / Zie subjectieve arbitrabiliteit
Handelingsonbevoegdheid / Zie subjectieve arbitrabiliteit
Handelsgebruik / 298 e.v., 305 e.v.
Handvest / 133 e.v.
Hoger beroep / 167 e.v.
Hollandse school / 17 e.v., 320
Huber, Ulrik / 17, 18 e.v., 23, 25 e.v., 29, 32, 35, 37, 41, 320
ICJ / 118, 125
Incidenteel appel / 172, 186
Internationaal gewoonterecht / 118-119, 146 e.v.
Interregionaal privaatrecht / 53, 95, 191
Investeringsverdragen / 142 e.v., 155, 323
Ius curia novit / 158 e.v., 165, 234, 256, 273 e.v., 330
Ius gentium / 5-6, 27-28, 319
Kenbare conflictenrechtelijke beslissing / 186 e.v., 192, 195, 327
Kort geding / 216-217
Level playing field / 250, 252
Lex arbitri / 255, 256, 277
Lex causae / 53, 216, 230, 259, 293, 315
Lex fori / 4, 48, 214, 232 e.v., 334 e.v.
Lex fori approach / 110
Lex loci arbitri / 259
Lex mercatoria / 4, 31, 306
Lex patriae / 268
Lex societatis / 268
Livermore, Samuel / 34
Lizardi-regel / 270, 271, 272
Local law theory / 96
Mancini, P.S. / 60 e.v., 322
Marginale toetsing / 204, 331
Meestbegunstigingsbeginsel / 285 e.v.
Meest geëigende recht / 54, 56, 62-63, 118, 178, 194-195, 200, 219, 226, 242, 324
Mensenrechten / 134 e.v., 146, 155, 198, 323

Multilateral Investment Treaty / 143
 Nauwste verbondenheid / 288, 308 e.v., 313, 316, 344
 Nova / 199, 276
 Niet-statelijk recht / 306
 Openbare orde / 160 e.v., 163, 167, 174 e.v., 192, 196, 214 e.v., 237 e.v., 312 e.v., 314
 Plaats van arbitrage / 255
 Principles of European Contract Law / 306
 Processuele belangeneis / 219 e.v., 253, 330
 Realistische stroming / 78 e.v., 117, 151
 Rechtsbedeling / 251, 335
 Rechtskeuze / 166-167, 178-179, 245-246, 249-250, 285, 291 e.v., 307-308, 312, 316
 Rechtspersoon / 269 e.v.
 Restatement
 - First / 94 e.v.
 - Second / 113
 Separabiliteit / 281
 Savigny, von F.C. / 49 e.v.
 Scope rule / 133, 154, 243
 Selectief nationalisme / 117, 153, 157
 Statengemeenschap / 152 e.v.
 Statuta realia / 7, 14, 15-16, 18, 22-23, 319
 Statuta mixta / *idem*
 Statuta personalia / *idem*
 Statuta odiosa / 11
 Statuta permissiva / 10-11
 Story, Joseph / 35 e.v.
 Twee-conclusie-regel / 170
 UNIDROIT Principles / 306
 Unierecht / 125 e.v.
 Unilaterale methode / 15
 Verkregen rechten / 25 e.v., 92 e.v., 132
 Verrassingsbeslissing / 210 e.v., 280
 Verstek / 165, 241
 Voet, Johannes / 17, 20 e.v., 37, 40, 65, 151, 320
 Voet, Paulus / 17, 20 e.v., 40, 65, 320
 Voie directe / 308 e.v., 313, 316
 Voie indirecte / 308 e.v., 313
 Volkenrechtelijke stroming / 67 e.v.
 Voorrangsregel / 243, 315
 Wächter, von G.C. / 47 e.v., 111, 151
 Weens Koopverdrag / 121, 200, 305
 Weens Verdragenverdrag / 120, 122 e.v.

OVER DE AUTEUR

Niek Peters heeft rechten gestudeerd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij is in 2004 afgestudeerd en is daarna als advocaat beëdigd. Sinds zijn beëdiging is Niek werkzaam in de procespraktijk, met een bijzondere focus op nationale en internationale arbitrage alsook het internationaal privaatrecht. Sinds 2008 verzorgt Niek het vak International Commercial Dispute Settlement Law aan de Rijksuniversiteit Groningen.